The Role of The United Kingdom in the Amendment of the Canadian Constitution

Canada

The Role of The United Kingdom

in the

Amendment of the Canadian Constitution

Background Paper
Published by the Government of Canada

Honourable Jean Chrétien
Minister of Justice of Canada
March 1981

PREFACE

As discussion continues in Canada of the request for enactment by the United Kingdom Parliament of the proposed *Canada Act* and its Schedule, the *Constitution Act, 1981*, there is growing interest in the Parliament of Canada and among Canadians concerning the role of the United Kingdom in relation to our constitution. The recent publication of the Report of the Foreign Affairs Committee of the U.K. House of Commons entitled "British North America Acts: The Role of Parliament", commonly referred to as the "Kershaw Report", has also attracted considerable attention in Canada.

I have therefore had this background paper prepared for the information of members of the Senate and House of Commons of Canada, and for Canadians generally, that they may better appreciate the respective responsibilities in this important process of the Parliaments and Governments of these two sovereign Commonwealth countries.

Honourable Jean Chrétien
Minister of Justice of Canada
March 1981

Additional copies of this document may be obtained by writing to:

Publications Canada
Box 1986, Station "B"
Ottawa, Canada
K1P 6G6

Table of Contents

	PARAGRAPH:
Introduction	
Patriation and Amendment of Canadian Constitution	1-2
Role of the United Kingdom	3-8
Summary of Conclusions	9
Canada's Position	
Canadian Independence	10
Legal Link with United Kingdom	11-12
United Kingdom Role Governed by Convention	13-17
Convention Applies Solely to Federal Requests	18
Statute of Westminster Preserved Constitutional Status Quo	19-22
The Amendments: Convention Consistently Followed	23-29
The Reason for the Convention—Principle of Responsible Government	30
The Search for an Amending Formula—54 Years of Deadlock	31
The Need for a Solution	32-35
The Proposed Patriation Package	36-45
Provincial Opposition Judicially Rejected	46-48
Kershaw Report	
General	49-50
Inadequacy of Evidence	51-54
The Kershaw Position:	55-56
A. Role of British Authorities	57-62
B. Constitutionality of Canadian Proposal	63-71
C. Circumstances Justifying British Compliance	72-76
D. Interference with Canadian Independence	77-80
Conclusions	81-82

Appendices

PARAGRAPH:

Appendix A—Constitutional Amendments Affecting Provincial Interests

1871	1-2
1886	3
1907	4
1915	5-7
1930	8-10
1931	11-13
1940	14-16
1943	17-19
1946	20
1949 #1	21-24
1949 #2	25-26
1951	27
1960	28
1964	29

Appendix B—The Unsuccessful Search for an Amending Formula

Appendix C—Substantive Constitutional Reforms Discussed 1967-1980

Introduction

Patriation And Amendment of the Canadian Constitution

1. Canada, now an independent nation, is composed of what were once British colonial territories. Because of these colonial origins, the basic documents of the Constitution of Canada are British statutes, which cannot at present be amended in certain important respects without the co-operation of the Parliament of the United Kingdom. This anachronistic situation is inappropriate to the status of a wholly autonomous member of the world community. It is also inconvenient for the British authorities who are called upon from time to time to provide the legal sanction for Canadian constitutional amendments.

2. For the past 54 years, the Government of Canada and the various provincial governments have attempted unsuccessfully to reach agreement on a legal device that would end this unsatisfactory state of affairs by "patriating" the Constitution, and establishing an all-Canadian procedure for its future amendment. In view of this prolonged failure, and of the impediment it poses to desired substantive reforms of the Canadian Constitution, the Government of Canada has proposed to the Parliament of Canada a measure to break the deadlock.[1] Consisting of a patriation provision and an amending formula, together with certain other reforms that have long been under discussion, the proposed amendment will finally put an end to the need for future British involvement in Canada's constitutional amendment process. To accomplish this goal, however, the co-operation of the United Kingdom Parliament will be required one last time.

The Role of the United Kingdom

3. The role of United Kingdom authorities in these matters is governed by a very important two-part convention:

(a) It is only the Government and Parliament of Canada which may request the Parliament of the United Kingdom to exercise its legal power to amend the Constitution of Canada; and

(b) Whenever such a request is received, it is always complied with.

This is a long-established and invariably honoured convention of British-Canadian relations.

4. Some opponents of the current patriation proposal have asserted that British authorities possess not just legal powers with respect to the amend-

---

[1] See: *Minutes of Proceedings and Evidence of the Special Joint Committee of the Senate and the House of Commons on the Constitution of Canada*, Ottawa, Feb. 13, 1981.

ment of the Canadian Constitution, but also the political discretion to decide how and in what circumstances that power should be exercised. Unfortunately, this mistaken notion has also been adopted recently by the Foreign Affairs Committee of the United Kingdom House of Commons (Kershaw Committee), in advice offered by the Committee to the United Kingdom Parliament concerning the patriation proposal.[2]

5. The Kershaw Committee has advised the United Kingdom Parliament that:

(a) "The UK Parliament's fundamental role in these matters is to decide whether or not a request conveys the clearly expressed wishes of Canada as a whole, bearing in mind the federal character of the Canadian constitutional system."[3]

(b) "Where a requested amendment or patriation would directly affect the federal structure of Canada, and the opposition of Provincial governments and legislatures is officially represented to the UK Government or Parliament, the UK Parliament is bound to exercise its best judgment in deciding whether the request, in all the circumstances, conveys the clearly expressed wishes of Canada as a federally structured whole."[4]

(c) An appropriate level of provincial concurrence that would be required to achieve this would be one which is "commensurate with that required by the least demanding of the formulae for a post-patriation amendment (similarly affecting that federal structure) which have been put forward by the Canadian authorities"[5].

(d) Alternatively, "it might well be proper for the UK Parliament to accede" without the concurrence of the provinces to a patriation/amendment request if it were substantially altered from the concurrent proposal in certain respects specified by the Committee.[6]

6. This advice ignores the convention that United Kingdom authorities do not exercise political discretion with respect to requests from the Government and Parliament of Canada for amendment of the Constitution of Canada. It suggests, moreover, that discretion may be exercised in ways that would require British involvement of a very detailed nature in Canadian constitutional and political affairs—matters with respect to which only Canadian authorities have a governmental mandate from the Canadian electorate. Such an approach would be wholly without precedent in British-Canadian relations.

---

[2] *The British North America Acts: The Role of Parliament*, House of Commons, First Report of Foreign Affairs Committee, 1980-81, Jan. 30, 1981 (hereinafter called the *Kershaw Report*).
[3] Para. 14(8), based on paras. 107 and 111.
[4] Para. 14(9), based on para. 114.
[5] Para. 14(10), based on para. 114.
[6] Para. 115.

7. Should the advice of the Kershaw Committee be followed, the consequences would be grave. A Canadian constitutional impasse of already excessive duration would be prolonged indefinitely, Canada's cordial relations with the United Kingdom would be severely strained, and the future course of Commonwealth relationships could be seriously affected.

8. In view of the seriousness of these and other ramifications that could flow from the advice of the Kershaw Committee, it is important that the Government of Canada record its position on these matters, indicate in what respects it believes the *Kershaw Report* to be in error, and explain the severe problems to which reliance on the advice contained in that report could lead.

Summary of Conclusions

9. It may be useful to outline in summary form at this point the major conclusions that are reached in the ensuing commentary:

(a) The Constitution of Canada needs to be patriated, and an all-Canadian procedure established for future constitutional amendments. (Paras. 31-35.)

(b) The patriation/amendment package should include certain substantive constitutional improvements, such as a Charter of Rights and Freedoms, the extension of provincial jurisdiction over natural resources, and a commitment to the equalization of economic opportunities throughout Canada. (Paras. 32-44.)

(c) These constitutional reforms, which are the subject of a current proposal by the Government of Canada, have been the subject of extremely lengthy study, consultation and discussion by and among the federal and provincial orders of government in Canada, as well as by many other segments of Canadian society. (Paras. 31 and 40-41.)

(d) Nothing in these proposed amendments would transfer any provincial right or power to the federal order of government. The only way in which they would affect the federal structure of Canada or federal-provincial relationships would be by *expanding* provincial powers with respect to natural resources, and giving the provinces a legal role in the amendment process for the first time. (Paras. 43-44.)

(e) Because of the peculiar nature of the Canadian Constitution, these proposed amendments require the legal sanction of the Parliament of the United Kingdom. Once enacted, they will put an end to this anachronistic procedure for all future amendments. (Paras. 11-12 and 36.)

(f) There is no constitutional requirement, whether based on convention, the nature of federalism, or any other circumstance, that the

concurrence of Canadian provinces must be obtained before the Government and Parliament of Canada seek amendments of the type proposed. (Paras. 63-71.)

(g) There is a long-standing convention to the effect that the legal power of the United Kingdom Parliament to amend the Canadian Constitution is exercised in accordance with the wishes of the Government and Parliament of Canada. This convention has *always* been honoured by United Kingdom authorities. The convention ensures that Canadians have, in reality, full control of their Constitution. British authorities retain no political responsibility for the Constitution of Canada because they are not answerable to the Canadian electorate. (Paras. 13-17 and 57-62.)

(h) There is nothing in the proposed patriation package that would justify deviation from the convention on this occasion. (Para. 45.)

(i) Failure to respect the convention would place severe strains on British-Canadian and Commonwealth relations. (Paras. 50 and 81-82.)

Canada's Position

Canadian Independence

10. Canada is a totally independent nation in reality, though not in law. It is comprised of former British colonies and territories, of course, and the *British North America Act, 1867*,[7] which brought the new nation into being, did not entirely end its colonial status. Canada's independence developed rapidly thereafter, however, and was complete, as a matter of practical reality, by the end of the First World War. That fact was formally announced to the world by the *Balfour Declaration* of 1926, in which representatives of the Government of the United Kingdom joined with those of several Dominion Governments to proclaim that the United Kingdom and the Dominions were "autonomous" and "equal in status, in no way subordinate one to another in any aspect of their domestic or external affairs, though united in a common allegiance to the Crown".[8]

Legal Link With United Kingdom

11. Canadians take pride in the fact that our Constitution, unlike those of many nations, is entirely lawful in both its origins and its subsequent development. The Constitution of Canada was not the product of armed revolution, as in the case of the United States. It was created instead by legal devolution from the Parliament of the United Kingdom. Since then, every stage in the growth of the Canadian Constitution has been marked by scrupulous adherence to the rule of law. An unbroken chain of legality extends from the time Canada was a British colony to its present status as a fully autonomous member of the world community.

12. At the time of the *Balfour Declaration* in 1926, the Parliament and Government of the United Kingdom retained, as a vestige of Canada's former colonial status, very sweeping legal powers over Canada and its Constitution. The *Declaration* did not change that legal situation; it was a political document that simply gave explicit recognition to the independence the Dominions had already attained in reality, though not in law. To change the legal situation a statute of the United Kingdom Parliament would be required.

United Kingdom Role Governed by Convention

13. The apparent paradox of independence in reality, but dependence in law, was resolved by a constitutional device that has been developed to a high degree of refinement under the British constitutional tradition: the

---

[7] 30 and 31 Victoria, c. 3 (United Kingdom).
[8] *Report of Inter-Imperial Relations Committee of Imperial Conference*, 1926.

restraint of legal power by political usage or convention. Under British and Commonwealth constitutional practice, it is common for an individual or agency of government in whom some legal power has been vested to exercise that power in accordance with the wishes of some other agency that possesses no legal authority in the matter, but enjoys a democratic mandate from the voters affected. Thus, for example, the Queen in the United Kingdom and the Governor-General in Canada have, legally, a final veto power over all proposed legislation of the respective national Parliaments of those countries. This arises from their legal right to grant or refuse Royal Assent. In reality, however, this legal power is exercised on the advice of the Prime Minister and Cabinet of the day. This separation and balancing of legal and democratic authority is the key to the success with which constitutions shaped in the British mold have been able to accommodate the shifting needs of changing times. It is one of the most characteristic and useful features of the British constitutional approach.

14. From the earliest years of Canada's independence, this familiar constitutional technique has been applied consistently in the realm of British-Canadian relations to overcome the apparent contradiction involved where one autonomous nation continues to hold important legal powers over another. A convention developed under which British authorities exercised their remaining legal powers over Canada and Canadian affairs in accordance with the wishes of the Canadian authorities who have the real democratic responsibility for such Canadian affairs: the Government and Parliament of Canada.

15. That this convention was fully applicable to the amendment of the Constitution of Canada long before the *Balfour Declaration* is well illustrated by the procedures followed in connection with the enactment of the *British North America Act, 1915*[9]. This statute amended the *B.N.A. Act* with respect to the number and distribution of Senators, and established a minimum provincial representation in the House of Commons. These matters were of considerable importance to the provinces, and had been the subject of an inconclusive meeting of provincial Premiers. The Government of Canada did not consult the provinces before presenting a resolution proposing the amendment to the Senate and House of Commons. An alteration suggested by the Government of British Columbia was incorporated into the resolution, but an objection by the Government of Prince Edward Island was rejected. The Resolution for a Joint Address to the Crown requesting the amendment was passed by the Senate and House of Commons, despite suggestions in both Houses that the provinces should first be consulted. In the Senate, a motion to that effect was rejected on

[9] 5 and 6 George V, c. 45 (United Kingdom). (See Appendix A for fuller description.)

division.[10] The Parliament of the United Kingdom, paying no heed to the controversy surrounding the request, enacted the amendment in the precise form set out in the draft bill embodied in the Canadian Joint Address.

16. The 1915 amendment has been cited because, being the last disputed amendment before the *Balfour Declaration*, it demonstrates that well before Britain's formal acknowledgment of Dominion independence, United Kingdom parliamentarians had adopted an attitude of non-involvement in Canadian political and constitutional affairs, even in a situation in which an amendment requested by federal authorities significantly affected provincial interests, there was public provincial opposition, and some Canadian parliamentarians were calling for provincial consultation. This is by no means an isolated example. The 1907 amendment, which will be discussed later,[11] offers even earlier evidence of the convention.

17. Indeed, while the convention of British non-intervention in the real governance of *other* Canadian affairs has not always been as absolute as it was by the time of the *Balfour Declaration*, it had been evident from the beginning where important *constitutional* issues were concerned. As early as 1868, a unanimous Address to the Queen from the Nova Scotia House of Assembly, requesting the removal of that province from Confederation, was rejected by British authorities. A petition to the same effect, signed by 36 of the 38 House of Assembly members and 16 of 19 Nova Scotia members of the Canadian House of Commons, resulted in a motion in the United Kingdom Parliament to send an investigatory commission to Nova Scotia, but the motion was defeated by a large majority in both British Houses.[12] The reason for the "determined attitude" of British authorities not to entertain Nova Scotia's request for a change in its constitutional status was what one scholar has described as the view of the British Colonial Secretary "that the province should look to Ottawa for the redressing of her grievances".[13] The Under-Secretary for the Colonies told Parliament that British authorities have "no business to inquire into the local arrangements of the North American Provinces".[14] Every subsequent provincial attempt to secure constitutional amendment from British authorities has met with a similar response.[15]

Convention Applies Solely to Federal Requests

18. It will be noted that it is the federal order of government—the Government and Parliament of Canada—to whose requests the convention

[10] See Appendix A.
[11] See below, para. 59, ff.
[12] P. Gerin-Lajoie, *Constitutional Amendment in Canada*, pp. 139-40.
[13] *Ibid.*, p. 139.
[14] *Ibid.*, p. 140.
[15] *Ibid.*, p. 140, ff.

applies. Requests and submissions from provincial authorities concerning constitutional amendments have been consistently declined. The reason for this is clear: in relations with the rest of the world, Canada's sole official representative is its national government. As the Government of Prince Edward Island acknowledged in its brief to the Kershaw Committee:

> "The federal government is the paramount of the two levels of government of Canada and, to a large extent, the embodiment of the nation, particularly beyond the boundaries of Canada."[16]

Statute of Westminster Preserved Constitutional Status Quo

19. Although acceptance of this convention avoided the worst disadvantages of continuing British legal authority over an independent Canada, it was nevertheless thought desirable to make the law correspond to the reality as soon as possible. A series of conferences was accordingly held for this purpose. The result was the *Statute of Westminster, 1931*,[17] which gave legal expression to the independence of the Dominions recognized by the *Balfour Declaration* by enacting, among other things, that the United Kingdom Parliament would make no future laws extending to a Dominion without the request and consent of that Dominion.[18]

20. In Canada's case, however, it proved impossible to terminate British legal authority over Canada altogether at that time. Unlike the other Dominions, Canada did not possess an internal procedure for the amendment of its own Constitution. The only way in which most aspects of the *British North America Acts* could be amended was by statute of the United Kingdom Parliament. Although discussions had been held between federal and provincial governments in 1927 with a view to devising a satisfactory Canadian amending formula, no agreement had yet been reached. All parties to these discussions had acknowledged that any permanent amending formula should involve some element of provincial consultation and/or consent, but they could not agree as to the appropriate degree of provincial involvement. Provincial spokesmen were concerned that, if the *Statute of Westminster* transferred all legal powers to Canada in constitutional matters before agreement was reached on an amending formula with a suitable provincial role, the past practice of unilateral amendment requests by the federal order of government might be converted from a convention to a legally binding statutory stipulation. This, they feared, might foreclose the possibility of developing a future amending formula that included a satisfactory element of provincial consultation and consent. As a result, section 7

---

[16] *Representation of the Government of Prince Edward Island to the Foreign Affairs Committee . . . Regarding the British North America Acts*, Nov. 28, 1980, p. 3.
[17] 22 George V, c. 4 (United Kingdom).
[18] S. 4.

was drafted to exempt the amendment of the *B.N.A. Acts* from the ambit of the *Statute of Westminster* for the time being.[19] This exemption left unaltered the convention of unilateral federal requests for amendments and of British compliance with such requests. As the *Kershaw Report* has said, its effect was "simply to maintain the status quo in relation to constitutional amendments".[20]

21. As explained above, the "status quo" concerning constitutional amendments that section 7(1) of the *Statute of Westminster* preserved was a situation in which British authorities did not exercise any political responsibility, but merely employed the legal powers entrusted to them in the manner requested by the Government and Parliament of Canada, without enquiring into the circumstances leading to the request. Viscount Bennett, who was Prime Minister of Canada when the *Statute of Westminster* was passed, and who later served in the House of Lords, told that House in 1946 (in connection with an amendment that Quebec opposed) that the practice was so well established as to bestow, in reality, the amending power on the federal order of government:

> "They cannot amend it directly, but they do it indirectly, because we have agreed that we will consent to pass any legislation that they may petition to have passed by this Parliament."[21]

22. Insofar as provincial involvement in the amendment process was concerned, the status quo was one in which provinces were sometimes consulted about amendments and sometimes not. The final decision as to whether a request for amendment should be made remained in federal hands, and requests were sometimes made in spite of provincial objections.

The Amendments: Convention Consistently Followed

23. That the status quo before 1931 was as it has been described above, and that it remained unaltered thereafter, is thoroughly documented by the history of Canadian constitutional amendments since 1867. The Parliament of the United Kingdom has enacted legislation amending or affecting the *B.N.A. Acts* on 21 occasions. Twelve of these amendments were passed up to (and including) the *Statute of Westminster, 1931*, and nine have been enacted since then. In every case the request has come from the federal order of government, always (with two early and inconsequential exceptions)[22] in the form of a Joint Address to the Crown from the Senate and House of Commons. Every request has been granted (apart from occasional technically-based alterations in drafting) in the form requested.

---

[19] S. 7(1).
[20] Para. 99.
[21] United Kingdom, *House of Lords Debates*, 1946, pp. 698-99.
[22] Gerin-Lajoie, note 12 above, pp. 145-6.

Several of these amendments have affected provincial interests significantly, and some such amendments have been requested without provincial consultation or consent. Indeed, on a few notable occasions such requests have been made in the face of public opposition by one or more provinces. Yet the Government and Parliament of the United Kingdom have never concerned themselves about the existence or extent of provincial consultation or consent.

24. The practice of British non-involvement in the merits of Canadian constitutional amendments has been frequently and uniformly confirmed in public statements by British Ministers of the Crown and senior parliamentarians over a period of many years. Some examples include the following:

—July 10, 1940—United Kingdom, *House of Commons Debates*, pp. 1177-81 (Re *B.N.A. Act, 1940*):

"*The Solicitor-General (Sir William Jowitt)* I beg to move, 'That the Bill be now read a Second time.' . . . .

This House will remember that the Statute of Westminster, which gave legal recognition to the fact that the Dominion of Canada had already obtained full sovereignty in its own affairs, expressly preserved the powers of the British North America Act. Therefore, as a matter of mere legal machinery, it is still necessary, until some better method is evolved for amendment of the British North America Act, for the extension of the Canadian powers to be passed by this Parliament. But our Parliament, in passing such legislation, is merely carrying out the wishes of the Dominion Parliament, and in that way the legal position is made to square with the constitutional position. Hence Members will see that the Preamble to this Bill recites the fact that:

> 'the Senate and Commons of Canada in Parliament assembled have submitted an Address to His Majesty praying that His Majesty may graciously be pleased to cause a Bill to be laid before the Parliament of the United Kingdom.'

In accordance with these provisions we are therefore carrying out the wishes of the Canadian Parliament in passing this piece of legislation. Nothing further need be said, I think, by way of explanation . . . .

My justification to the House for this Bill—and it is important to observe this—is not on the merits of the proposal, which is a matter for the Canadian Parliament; if we were to embark upon that, we might trespass on what I conceive to be their constitution-

al position. The sole justification for this enactment is that we are doing in this way what the Parliament of Canada desires to do. . . .

I do not know what the view of the Provincial Parliaments is. I know, however, that when the matter was before the Privy Council some of the Provincial Parliaments supported the Dominion Parliament. It is sufficient justification for the Bill that we are morally bound to act on the ground that we have here the request of the Dominion Parliament and that we must operate the old machinery which has been left over at their request in accordance with their wishes."

—July 22, 1943—United Kingdom, *House of Commons Debates*, pp. 1100-1102 (Re *B.N.A. Act, 1943*):

"*The Secretary of State for Dominion Affairs (Mr. Attlee)*: I beg to move, 'That the Bill be now read a Second time.' ....

(T)he procedure ... for amending the British North America Act remains as it was before the Statute of Westminster. This procedure has for many years been followed on the basis of an Address presented to the King by both Houses of the Canadian Parliament, and that is what has been done on this occasion. I understand that the address was carried in both Houses by very large majorities. The Clauses of the Bill follow substantially the terms of the Address passed in the Canadian Parliament, and the Recital corresponds closely with that adopted on the last occasion on which similar legislation was passed here ....

I have no information as to any Province objecting, but, in any case, the matter is brought before us by an Address voted by both Houses of Parliament, and it is difficult for us to look behind that fact."

—July 22, 1946—United Kingdom, *House of Lords Debates*, p. 698 (Re *B.N.A. Act, 1946*):

"*Viscount Bennett*: There has been a good deal of discussion about an amendment of the Constitution being a political measure. Canada is the only one of the Dominions in which a Party majority can amend the Constitution. They cannot amend it, directly, but they do it indirectly, because we have agreed that we will consent to pass any legislation that they may petition to have passed by this Parliament."

—December 2, 1949—United Kingdom, *House of Commons Debates*, pp. 1458-1459 (Re *B.N.A. Act, 1949 No. 2*):

"*The Secretary of State for Commonwealth Relations (Mr. Philip Noel-Baker)*: I beg to move, 'That the Bill be now read a Second time.' ....

The Bill is cast in the terms of the Address adopted by the Federal Parliament of Canada, and, of course, we are all ready to do what they desire. In moving his Resolution about the Address to His Majesty, the Canadian Prime Minister said that it dealt with the attributes of Canada as an adult sovereign State among the States of the world."

—May 30, 1951—United Kingdom, *House of Commons Debates*, p. 225 (Re *B.N.A. Act, 1951*):

"*The Secretary of State for Commonwealth Relations (Mr. Gordon-Walker)*: I beg to move, 'That the Bill be now read a Second time.'

This is really a Canadian Bill, or rather a Canadian Act, because it has been passed by both Houses of the Canadian Parliament, and it comes before us as a matter of constitutional convenience. It would therefore be quite improper for me to go into the merits of the Bill on either side ...."

—November 11, 1960—United Kingdom, *House of Commons Debates*, pp. 1369-1370 (Re *B.N.A. Act, 1960*):

"*The Minister of State for Commonwealth Relations (Mr. C. J. M. Alport)*: I beg to move, 'That the Bill be now read a Second time.' ....

We are therefore to all intents and purposes acting in what is a formal capacity for the Canadian Parliament in a matter which is solely its concern. In accordance with long established precedent, we refrain from discussing the merits of a Bill submitted to us amending the British North America Acts when this has been introduced in consequence of Addresses to Her Majesty adopted by both Houses of the Canadian Parliament."

—July 25, 1979—United Kingdom, *House of Lords Debates*, p. 2007:

"*Lord Trefgarne* (Government Whip): ....

The Statute of Westminster reserves to the United Kingdom Parliament a purely technical role in relation to the British North America Act.

I must, therefore, emphasise again to the House that the United Kingdom Parliament's power over the Canadian Constitution is strictly limited. If Parliament were, in spite of constitutional precedent, to decline to act on a request from the Canadian Government, we would lay ourselves open to charges of interference in Canadian domestic politics. Even to query whether there was internal support in Canada for a request to patriate the constitution would be tantamount to questioning the authority of the Canadian Parliament or Government to make it. Further, for the United Kingdom Parliament to purport to legislate otherwise than at the request and with the consent of the Canadian Government would conflict with the agreements reached with the Dominions at the Imperial Conference of 1930 and the Statute of Westminster of 1931, to which I have already referred. The Federal Government is the sole representative of Canada in international relations. We cannot be the arbiters of the correct balance of the case presented to us: this must be the sole responsibility of the Canadian Government."

25. The frequency and consistency of such public statements by representatives of the British Government (always without dissent from any quarter) prompted one witness before the Kershaw Committee to admit that, although he disagreed with the view they express, it has become "an article of faith".[23]

26. Appendix A contains a summary of the fourteen most important amendments to the Canadian Constitution that have been enacted since 1867, indicating the extent to which they have affected provincial interests and the extent, if any, of provincial consultation, consent or disagreement. (None of the other seven amendments had any significant effect on provincial interests.) It is submitted that the survey in Appendix A fully confirms the observations made above. All fourteen amendments described had significant effects on the rights, powers or interests of the provinces. While some of these were of relatively minor importance, others had, or were perceived to have, serious impact on provincial interests, or on federal-provincial relationships. Of the fourteen amendments, nine were requested and enacted without provincial consent, and a tenth (1960) had only partial consent. Only four were fully agreed to by the provinces. Even more significant is the fact that six amendments (1907, 1915, 1943, 1946, 1949 No. 1, 1949 No. 2) were requested and enacted in the face of opposition by one or more provinces. Most important of all, the United Kingdom Parliament did not hesitate on any of these occasions, even when strong provincial

[23] Submission of Dr. Geoffrey Marshall, p. 3.

opposition was known, to pass the amendment requested by the Government or Parliament of Canada.

27. Insofar as both the actual or apprehended impact on provincial interests and the extent of provincial opposition are concerned, the most striking of the amendments were probably the two enacted in 1949. These will be discussed next.

28. *The B.N.A. Act, 1949, No. 1*[24] added Canada's tenth province, Newfoundland, to Confederation. This significantly affected the interests of the other nine provinces in a variety of ways, such as by reducing their proportionate representation in the Senate and the House of Commons, and by increasing claims on federal subsidies and services. Quebec was especially affected, in that its disputed boundary with Labrador was confirmed by the Act.[25] Yet neither Quebec nor any of the other existing provinces was consulted about the matter. The Premiers of two provinces, Quebec and Nova Scotia, stated publicly that the provinces should have been consulted.[26] But the United Kingdom Parliament passed the amendment without regard to the absence of provincial involvement in the process.

29. *The B.N.A. Act, 1949, No. 2*[27] bestowed on the Parliament of Canada the power to amend the "Constitution of Canada" in certain respects.[28] While the ambit of this amendment has subsequently been held to extend only to matters of exclusive concern to the federal order of government,[29] the governments of several provinces were very concerned at the time that the new federal power might permit the Parliament of Canada to encroach on matters of provincial competence. Correspondence between the Prime Minister and the provincial Premiers, tabled in the Canadian House of Commons, gave public notice of substantial provincial dissent to a unilateral federal amendment request on the matter. Quebec and Alberta "outspokenly" demanded provincial consultation.[30] Ontario doubted "the advisability of dealing with the matter piecemeal without first attempting general agreement", and Nova Scotia expressed the same view.[31] Manitoba declined to agree without a more careful examination of the implications for the "provincial position".[32] In light of this widespread provincial dissent, the Opposition introduced a motion in the Canadian House of Commons to delay the amendment request until after a federal-provincial conference on constitutional amendment, but the motion was defeated, and the proposed

---

[24] 12 and 13 George VI, c. 22 (United Kingdom).
[25] *Terms of Union*, s. 2.
[26] Gerin-Lajoie, note 12 above, p. 129.
[27] 13 George VI, c. 81 (United Kingdom).
[28] S. 91(1).
[29] *Senate Reference* (1980) 102 D.L.R. (3rd) 2 (S.C.C.).
[30] Gerin-Lajoie, note 12 above, at p. xvii. The word "outspokenly" is that of Dr. Gerin-Lajoie.
[31] *Ibid.*
[32] *Ibid.*, p. xviii.

Joint Address was passed and dispatched to Westminster. The requested amendment was enacted by the United Kingdom Parliament promptly and without question.[33]

The Reason for the Convention: Principle of Responsible Government

30. It is important to understand that this history of invariable respect for the convention of British non-involvement in Canadian constitutional affairs is no mere question of protocol. The convention is rooted in one of the most fundamental notions of the British constitutional heritage: the principle of responsible government. Democratic systems like those of the United Kingdom and Canada place political decision-making in the hands of those who are responsible through the ballot box to the persons who will ultimately be affected by the decisions in question. The governmental authorities of the United Kingdom have no Canadian electorate to answer to; the Government and Parliament of Canada do. The Parliament of Canada represents every region of Canada, and is fully responsible for its actions to those with whom the ultimate political judgment must always rest in democracies: the voters of the nation.

The reason that British authorities have always respected the wishes of the Government and Parliament of Canada with regard to the amendment of the Constitution of Canada is that to do otherwise would be to deny the principle of responsible government.

The Search for an Amending Formula—54 Years of Deadlock

31. Since 1927, discussions have been held intermittently between federal and provincial authorities in Canada with a view to agreeing upon an all-Canadian amending formula that would permit this last vestige of British legal authority over Canadian affairs to be terminated. These discussions continued until the summer of 1980. Patriation and an amending formula have been the subject of ten major federal-provincial processes of consultation—in 1927, 1931, 1935-36, 1950, 1960-61, 1964, 1967-71, 1975-76, 1978-79 and 1980. These subjects have been discussed by federal and provincial governments in thirteen first ministers' conferences, seventeen ministerial conferences, and countless meetings of officials. These efforts span the ministries of six Canadian Prime Ministers (two Conservative and four Liberal), and some dozens of provincial first ministers. There appeared to be agreement to the "Fulton-Favreau Formula" in 1965, but the Quebec Government changed its mind at the last moment. There was unanimous tentative agreement in 1971 to what has become known as the "Victoria Formula", but final acceptance was frustrated by failure to reach agreement

[33] There were some minor and purely technical drafting modifications: *ibid.*, p. xxii.

on other aspects of the constitutional amendment "package" of which it formed a part. Appendix B describes this unsuccessful search more fully.

The Need for a Solution

32. The failure of the Victoria Conference in 1971 frustrated more than the search for a satisfactory future amending formula. It also brought to an unsuccessful conclusion several years' efforts to reach agreement on the reform of various substantive aspects of the Canadian Constitution. Lengthy discussions had been underway, for example, concerning the enactment of a constitutionally entrenched Charter of Rights and Freedoms. Methods were being sought to express the commitment of all governments to the goal of reducing regional disparities and promoting equality of opportunity for all Canadians. Proposals had also been under study for a number of possible changes in the distribution of legislative powers between the federal and provincial orders of government. All these negotiations came to an end. Although several attempts to reach agreement on these and other matters have subsequently been made, none has succeeded. Items as important and diverse as ownership and management of natural resources, jurisdiction over electronic communications, and responsibility for family law, have been added to the list of constitutional issues that have been discussed and require resolution. And the list continues to grow. Appendix C contains a description of the substantive constitutional reforms discussed between 1967 and 1980.

33. It is also striking, in reviewing the past attempts to find agreement on an amending formula or on substantive changes, that no combination of items or ordering of priorities has brought success. In the first six attempts at constitutional reform described in Appendix B, covering the years 1927 to 1966, agreement was unsuccessfully sought on patriation and an amending process alone. Substantially the same option was proposed by the Prime Minister of Canada in 1976 in the eight attempt, and the Premiers of the provinces concluded that this would not be acceptable without other changes being adopted at the same time. On the other hand, the seventh (1967-71), ninth (1978-79) and tenth (1980) attempts involved discussion of far-reaching substantive changes, and this approach also failed to bring about agreement.

34. This prolonged failure to achieve even minor constitutional reforms by the consultative process has played into the hands of those who seek much more radical constitutional changes. This was dramatically illustrated in 1976 by the decision of Quebec voters to elect a provincial government dedicated to removing Quebec from Confederation. While it is true that those same voters rejected the "sovereignty-association" option in 1980, it is probable that their decision was based, in part, on assurances made by

federalist speakers (including most provincial premiers) during the referendum campaign. Those assurances were to the effect that substantive reforms to the present Canadian Constitution, which would ensure that Confederation remains an attractive permanent option for the people of Quebec, are attainable. Yet the September 1980 First Ministers' Conference on Constitutional Reform, convened after the referendum and after a summer of intensive federal-provincial consultation, ended, once more, in failure.

35. The efforts to reach agreement at the September 1980 conference were genuine and energetic on all sides. All eleven First Ministers had agreed to a list of twelve items for negotiation. Some had been proposed by the federal government and others by various provincial governments. In the negotiations that ensued, some Premiers accepted some of the Prime Minister's proposals, the Prime Minister accepted some of the Premiers' proposals, some Premiers accepted some proposals of other Premiers, some Premiers rejected the proposals of other Premiers, and some Premiers rejected some proposals of the Prime Minister. When a summary of the positions of all First Ministers on each of the twelve items was made, it became clear that there was not unanimous consent on any of the twelve items, but the reasons for this lack of consensus were many and varied, and blame for the failure to reach consensus cannot be assigned to anyone. The fault lay with the process; the meeting demonstrated once more that progress on substantive constitutional reform cannot be expected until an all-Canadian amendment procedure is in place.

The Proposed Patriation Package

36. Following the failure of the 1980 constitutional conference the Government of Canada proposed a measure to break the impasse. The Parliament of the United Kingdom would be requested to exercise its legal power of amendment one final time, by terminating its authority over the Constitution of Canada, establishing an all-Canadian amendment formula, and providing for two substantive matters on which there is wide agreement among Canadians: the entrenchment of a Charter of Rights and Freedoms, and the recognition of a commitment to reduce regional disparities and equalize opportunities for all Canadians.

37. The amending formula proposed was based, with modifications, on the Victoria Formula (on which there was unanimous provincial consent in 1971), together with a procedure for substituting a more satisfactory formula if one can be devised. The chief modification made to the Victoria Formula was to add the possibility of amending the Constitution on the authority of a referendum to the voters, as well as on the authority of the Parliament of Canada and legislatures of the provinces.[34] There was nothing

[34] S. 46.

radical in that feature; the Constitution of Australia is also amendable by referendum.[35] Nor was there anything about it that was oppressive to provincial interests; it required the same extent and distribution of provincial concurrence as the Victoria Formula, which is considerably more demanding than the requirements of the Australian Constitution.

38. It should not be overlooked that the proposal provided for an alternative amending procedure to be substituted for this modified Victoria Formula if agreement could be reached on a suitable alternative within two years of patriation. For the first two years after patriation, unanimous federal and provincial consent would be required for constitutional amendments,[36] and during that period the Prime Minister of Canada would be required to convene constitutional conferences at least annually.[37] During this period agreement might be reached among all governments on a formula that would be preferred to the modified Victoria Formula that would otherwise come into effect at the end of the interim period. Even if unanimous agreement is not possible, but if an alternative amending formula should be agreed upon during that time by seven or more provinces representing at least 80% of the population, that alternative could be put to the people in a subsequent referendum, and if approved it would replace the modified Victoria Formula now proposed.[38]

39. The equalization statement and Charter of Rights and Freedoms were matters on which there had been extensive federal-provincial consultation over many years. There is no significant opposition in Canada to the goals of equalizing opportunities and reducing regional economic disparities. The initiative for a Canadian Charter of Rights and Freedoms is not new nor is it confined to the present Government of Canada. Earlier statutory Bills of Rights in Canada included that of Saskatchewan, first adopted in 1947, and the *Canadian Bill of Rights*, adopted by Parliament in 1960. Also, as early as 1950, the entrenchment of a constitutional bill or charter was proposed by Saskatchewan at a federal-provincial constitutional conference. Since 1968 it has been a regular topic of federal-provincial discussion. Entrenchment of a limited list of rights was agreed upon at the Constitutional Conference in Victoria in 1971 (the adoption of the "Victoria Charter" subsequently failed, as noted above, for other reasons). The principle of entrenchment of a charter, and many of the specifics of the proposed Charter, were endorsed by a Joint Parliamentary Committee in 1972 and in 1978, by the Canadian Bar Association in 1977, by its Constitutional Committee in more detail in 1978, and by the Task Force on Canadian

---

[35] Constitution of Australia, s. 128.
[36] S. 36.
[37] S. 35.
[38] S. 42.

Unity in 1979. It is clear that there is general public support for such a measure. As a spokesman for the Official Opposition, the Honourable J. Epp, indicated to the Special Joint Committee on the Constitution on January 20, 1981:

> "... in presenting our proposed amendments to the government's resolution, we do so in the knowledge that it is the popular will of Canadians that our constitution rest in this country. It is also the popular will that we have a Charter of Rights and Freedoms for the Canadian people embedded in the constitution."[39]

40. The patriation proposal was introduced in the Canadian House of Commons in October 1980, by way of a Resolution for an Address to Her Majesty. After debate in the House, a Special Joint Committee of the Senate and House of Commons was established. That Committee held very lengthy public meetings on the matter, receiving a multitude of written and verbal presentations from an extremely wide range of Canadian organizations and individuals. A total of 962 written communications were received as of December 31, 1980.[40] Of these, 639 were from individuals, and 323 were from groups representing many thousands of other Canadians. While some of the communications were simple requests for information, or for an opportunity to appear before the Joint Committee, there were 572 submissions addressing the substance of the proposal, 409 from individuals, and 163 from organizations.[41] Of that number, 10 individuals and 94 organizations presented their submissions in person at meetings of the Joint Committee, and made themselves available for questioning by members of the Committee.[42] The Committee held 106 meetings on 56 sitting days for a total of 267 sitting hours. The Minister of Justice appeared as a witness 39 times and the Acting Minister of Justice appeared on his behalf nine times. Clause-by-clause consideration occupied 90.5 hours.[43] The meetings of the Committee were extensively covered by the news media and were, from an early stage, broadcast regularly on radio and television.

41. As a result of these hearings, the Special Joint Committee recommended numerous alterations to the proposal, including modification of the amending formula, a strengthening of the Charter of Rights and Freedoms, the recognition and affirmation of aboriginal and treaty rights of the aboriginal peoples, and the inclusion of a detailed elaboration and extension of the powers of the provinces with respect to natural resources. The Committee's *Report*[44] is now undergoing careful study and debate by the

---

[39] *Minutes of Proceedings and Evidence*, Issue No. 41, p. 93.
[40] By Feb. 2, 1981, the total number of written communications had reached 1,208: *op. cit.* note 1 above, s. 3.
[41] *Ibid.*, Appendix D.
[42] *Ibid.*, Appendix B.
[43] *Ibid.*, s. 2.
[44] Note 1, above.

Parliament of Canada. By the time a request is made to the Parliament of the United Kingdom for enactment of the patriation package of amendments, extensive consultation will have taken place within the Canadian social and political structure, and Canada's political process will have provided a decisive democratic mandate for the proposal.

42. While the patriation proposal does not cover many of the substantive matters that must eventually be dealt with in the constitutional reform process, it is a vital first step in that direction. It will essentially complete the devolution of legal authority over the Canadian Constitution from British to Canadian hands, and will permit Canadians to get on with the important task of re-shaping their Constitution to better serve the needs of every Canadian.

43. There has been some misunderstanding of the effect the proposal will have on the federal nature of the Canadian Constitution. Important though it is, the measure will not alter or affect Canada's federal structure, in any way that would be detrimental to provincial interests. Nor will it directly affect federal-provincial relationships or transfer any provincial powers to the federal order of government. It requires only brief consideration of its major components to establish that the proposal poses absolutely no threat to federalism in Canada:

(a) *Patriation* will have a neutral effect, favouring neither the federal nor the provincial order.

(b) *The Amending Procedures* proposed are entirely appropriate to a federally structured constitution, allocating important roles in the amendment process to both orders of government. While it is true that the Government of Canada would be in a position to initiate amendment referenda in certain circumstances, the Constitution of Australia, which entrusts a similar function to the federal Government of that country,[45] has always been regarded as thoroughly "federal", despite that fact. Indeed, the governments and legislatures of the Australian states have utterly no role to play in the amendment process.[46] The present proposal contemplates a much more significant role for provincial authorities in Canada than their Australian counterparts enjoy.

(c) *The statement on equalization* will not affect the federal-provincial balance, since it is expressly stated to operate "without altering the legislative authority of Parliament or of the provincial legislatures"[47].

---

[45] *Constitution of Australia*, s. 128.

[46] Except to amend state constitutions and to agree under s. 51 (xxxvii) to a delegation of jurisdiction.

[47] Note 1 above, s. 34(1).

(d) The *Charter of Rights and Freedoms* will not involve any transfer of powers between federal and provincial authorities, either. It will place certain limitations on *both* federal and provincial orders of government in the interests of protecting certain fundamental rights and freedoms of the individual.

(e) Similarly, the *recognition and affirmation of treaty and aboriginal rights* will not transfer any powers. It will place limits on both federal and provincial orders of government in the interests of better protecting the rights of Canada's aboriginal peoples.

44. The only way in which the proposal will alter the federal-provincial equilibrium will be to *increase provincial powers*. This will occur in two respects:

(a) The present power of the Government and Parliament of Canada to secure amendments to the Constitution of Canada by request to the United Kingdom Parliament without provincial consent will be ended and replaced by an amending formula under which a large measure of provincial consent will be legally required; and

(b) Provincial powers in the field of natural resources will be expanded.

45. It has been suggested by some opponents of the proposal that it is so unprecedented in its impact on provincial powers and interests, federal-provincial relations, and the structure of Canadian federalism, that the convention of British non-involvement in the merits of amendments should not be regarded as applicable. It is submitted that an objective observer, analysing the various components of the measure carefully, and comparing them with past amendments, must conclude that there is nothing unprecedented in the proposal. It differs in content from previous amendments, of course, but so did every other amendment. It is unquestionably important, but so too were many of the past amendments. As to its impact on Canadian federalism, the only conclusions to which an objective examination of the proposal and its predecessors can lead are the following:

(a) *Nothing* is being proposed that would alter provincial rights or powers, federal-provincial relations, the federal-provincial equilibrium, or the federal structure of Canada in any way that would be detrimental to provincial interests; and

(b) The provinces had much more to fear in this regard from some of the previous amendments—the 1949 ones, for example—than from the present proposal.

Accordingly, it is mistaken to suggest that anything in the proposal differs so markedly from previous amendment requests as to justify deviation from the invariable practices of the past.

Provincial Opposition Judicially Rejected

46. The governments of several Canadian provinces have taken issue with the proposed amendment request. They allege that such a request should not be made to the United Kingdom Parliament unless concurred in by every province. The Government of Canada is of the view that although it is desirable to consult, and to obtain the consent of, the provinces where feasible, there is no constitutional requirement for doing so, and where, as in the present circumstances, prolonged consultation has proved fruitless, there is ample justification for proceeding without further consultation.

47. The dissenting provinces launched constitutional references in the courts of three provinces. On February 3, 1981, the Manitoba Court of Appeal, which was the first court to hear and determine a reference, rejected this challenge by a majority decision. The Court denied the contention that there is any constitutional requirement of provincial consent for amendment requests, and upheld the position of the Government of Canada that the Senate and House of Commons of Canada are legally and constitutionally entitled to present the proposed patriation package to the United Kingdom Parliament without further provincial consultation.[48]

48. The decision of the Manitoba Court of Appeal came only a few days after the publication of the *Kershaw Report* in the United Kingdom. This *Report* will be considered next.

---

[48] *Patriation Reference*, Man. C.A., Feb. 3, 1981.

Kershaw Report

General

49. The *Report* of the Kershaw Committee to the United Kingdom House of Commons, dated January 30, 1981, is a lengthy document that attests to both the seriousness and the assiduousness with which the members of the Committee approached the task they had set for themselves. Many of the *Report's* conclusions are in full accord with the position of the Government of Canada, as explained above. For example, the *Report* acknowledges:

(a) "Canada's full independence as a sovereign state in the international legal and political order."[49]

(b) "It would be quite improper for the UK Parliament to deliberate about the suitability of requested amendments or methods of patriation, or about the effects of those amendments on the welfare of Canada or any of its communities or peoples."[50]

(c) A decision by the United Kingdom Parliament to terminate its legal power to legislate for Canada without creating a post-patriation amending formula, or to undertake no further amendments to the Canadian Constitution would "amount to a gross interference in the internal affairs of Canada and a grave breach of relations between the UK and Canada"[51].

(d) "(I)t would be unconstitutional for the UK Parliament, if requested to patriate the B.N.A. Acts along with a new Charter of Rights to enact only part of the requested package (eg by enacting it without the whole or part of the requested Charter of Rights). Such a course of action would amount to legislating for Canada without its request and consent."[52]

(e) "There is no rule, principle or convention that the UK Parliament, when requested to enact constitutional amendments directly affecting Canadian Federal-Provincial relations, should accede to that request only if it is concurred in by all the Provinces directly affected."[53]

(f) "There can be no doubt that if a request by the Canadian Government and Parliament is a proper request, it is the responsibility of the UK Government and Parliament to secure the enactment of the request with all the urgency or priority which the Canadian Government may reasonably desire."[54]

---

[49] Para. 85.
[50] Paras. 113 and 118.
[51] Para. 120.
[52] Para. 122.
[53] Para. 14(7).
[54] Para. 57.

50. Unfortunately, in several other respects the opinions expressed by the Kershaw Committee seriously misconstrue both Canada's internal constitutional situation and the fundamental nature of Canada's relationship to the United Kingdom. These misunderstandings have led the Committee to offer advice to the United Kingdom Parliament which, if followed, would prolong Canada's constitutional impasse indefinitely, and would seriously jeopardize relations between the two countries. The source of these regrettable misunderstandings will be examined in the paragraphs that follow.

Inadequacy of Evidence

51. It might contribute to an understanding of the errors that were made to point out, at the outset, that the task which the Committee undertook involved a detailed inquiry into complex issues of Canadian law, history and constitutional practice—subjects that understandably fell outside the personal experience of its members. To make up for this crucial shortcoming, the Committee was forced to rely on submissions made to it, and unfortunately those submissions did not present, in total, a balanced view of the question.

52. The Committee received briefs from the governments of several provinces which oppose the amendment proposal, and from three British legal scholars, two of whom indicated that, though expressing personal views, they had been consulted by provincial governments, and none of whom claimed expert knowledge about the Canadian Constitution. Perhaps because they appeared in person before the Committee, the opinions of these three British academics received considerable attention from the news media, and seem to have had great influence on the views of the Committee.

53. The Government of Canada did not make a presentation to the Committee because it was considered inappropriate for the executive government of one nation to offer advice to a committee of the Parliament of another nation. The Committee did receive a purely factual background memorandum from the Foreign and Commonwealth Office which took no position on contentious issues, and it had access to the factums filed in the Manitoba Court of Appeal, as well as to a background paper prepared for other purposes by the Canadian Department of External Affairs. However, the availability of these documents did not offset the predominantly provincialist nature of the evidence presented to the Committee, especially by the British academic witnesses who appeared in person. This is regrettable, because many of the submissions suffered from illogicality and errors of fact.

54. When asked by Canadian journalists about the absence of impartial evidence from Canadian experts, the Chairman of the Committee is reported to have replied:

"The Committee was already being accused of meddling in Canadian affairs and would have been open to more such charges if Canadian witnesses had been invited to appear."[55]

This statement illuminates the dilemma that the Kershaw Committee faced in undertaking to investigate the patriation proposal: to conduct a thorough inquiry into matters of Canadian law and practice would risk being accused of "meddling"; yet to make recommendations that might profoundly influence Canada's constitutional future without such an inquiry, as the Committee has chosen to do, involves even greater perils.

The Kershaw Position

55. The position taken by the Kershaw Committee may be summarized as follows:

A. *British authorities continue to hold not only legal, but real political responsibility for the Canadian Constitution, permitting them to decline a constitutional amendment requested by the Parliament of Canada if in their judgment the request contravenes some fundamental principle ("established constitutional position") of the Canadian Constitution.*[56]

B. *It would contravene a fundamental principle ("established constitutional position") of the Canadian Constitution for the Parliament of Canada to request British enactment of the proposed patriation package if "it did not enjoy a sufficient level and distribution of Provincial concurrence" to "convey the clearly expressed wishes of Canada as a federally structured whole".*[57]

C. *The United Kingdom Parliament would be justified in enacting a patriation measure requested by the Parliament of Canada if it either:*

(i) *had the concurrence of the governments, legislatures, or voters of Quebec, Ontario, and provinces containing 50% of the Western and 50% of the Atlantic populations;*[58] or

(ii) *were substantially altered from the current proposal in certain specified respects.*[59]

D. *Such a refusal by the United Kingdom Parliament would not "constitute an 'interference' in Canadian internal affairs".*[60]

---

[55] Toronto *Globe and Mail*, National Edition, Feb. 6, 1981, p. 1.
[56] Paras. 14(5) and 84.
[57] Para. 14(10).
[58] Paras. 14(10) and 114.
[59] Para. 115.
[60] Para. 96.

56. Arguments, like chains, are no stronger than their weakest links. If any step in the argument can be shown to be fallacious, the conclusion collapses. The reasoning of the *Kershaw Report* suffers from several such fatal flaws. In fact, most of the steps in its argument are demonstrably erroneous. The following paragraphs deal with the argument in order of the steps outlined above.

A. Role of British Authorities

57. The line of reasoning upon which the opinion that British authorities retain a real supervisory power over the Canadian Constitution was based appears to be as follows:

(a) The intent and effect of section 7(1) of the *Statute of Westminster, 1931*, was to preserve the "status quo" with respect to the amendment of the Canadian Constitution.

(b) The status quo permitted British discretion to be exercised in order to protect fundamental principles ("the established constitutional position") of the Canadian Constitution.

(c) Nothing that has happened since 1931—neither the disputed amendments of 1943, 1946 and 1949, nor the frequent and consistent public statements of non-involvement in Canadian affairs by representatives of the British Government over the years—has altered that situation.

58. The premise of this argument is correct: section 7(1) of the *Statute of Westminster* was designed to preserve the status quo with respect to constitutional amendments. It is a mistake, however, to suggest that the status quo contemplated British political involvement in the substance of Canadian constitutional amendments.[41]

59. The principal evidence offered by the Kershaw Committee to support the view that British authorities continued to exercise political discretion in such matters is the manner in which the 1907 amendment was enacted. This amendment concerned the amount of subsidies paid by the Government of Canada to the provinces. The Government of British Columbia disagreed with the amendment proposed by the Parliament of Canada on the basis that the subsidy for it was inadequate and made strong representations to Westminster (federal authorities having consented to the dispatch of the provincial delegation to the United Kingdom for that purpose). A small and different drafting change, to remove the words "final and unalterable", was eventually made (and accepted by the Government of Canada). This is sometimes represented as having been based on British Columbia's objections. In reality, however, the amendment as originally requested by the

[41] See above, para. 23, ff.

federal authorities was enacted in substance by the United Kingdom Parliament in spite of British Columbia's objections, and the drafting change was made thereto, as the *Kershaw Report* admits, because of "a parliamentary draftsman's view that it was technically inappropriate" to use certain words in the legislation.[62] The 1907 experience ought to have led the Committee to a very different conclusion than the one it reached: that at least as early as 1907, even though Canada had not yet reached the state of full *de facto* independence in all matters that it was to attain during World War I, it was already independent enough in constitutional matters that British authorities did not concern themselves with the merits of Canadian constitutional disputes.

60. Even if the 1907 experience had involved a substantive British supervisory role over the Canadian Constitution, its significance would have been erased by two subsequent events of great importance:

—The 1915 amendment (described earlier),[63] which was the first occasion on which the Canadian Address to the Crown contained a draft of the requested amendment, and which was passed without modification despite provincial opposition. The Kershaw Committee seems to have overlooked this important precedent.

—The *Balfour Declaration*, 1926, which put an end to any possible remaining doubts as to Canada's absolute autonomy and total responsibility for its own destiny. An indication that the Kershaw Committee did not give sufficient weight to the *Balfour Declaration* is the Committee's statement that in 1931 "Canada *was becoming* a sovereign and independent state".[64]

61. Even less plausible than the argument that British authorities retained a residue of substantive responsibility for the Canadian Constitution in 1931 is the Committee's contention that there was nothing in subsequent events or in subsequent statements by representatives of the British Government that would be incompatible with such a residue. To the events of 1943, 1946 and 1949, when the United Kingdom Parliament passed amendments which significantly affected (or were feared to affect) provincial interests, on federal request, without provincial consultation or consent, and in the face of substantial provincial objections, the *Report* replies only that the objec-

---

[62] Para. 58. It is true that Mr. Winston Churchill stated in Parliament at the time that the alteration had been made "in deference to the representation of British Columbia", and that British authorities would not "always be prepared to accept the Federal point of view as against the provincial" (para. 38). He appears to have been mistaken in his view of the origin of the technical amendment, however, and he acknowledged that British authorities would not "pretend to go into the merits of the difference on a constitutional question between British Columbia and the Federal Government" (para. 38).

[63] See above, para. 15.

[64] Para. 85. Emphasis added.

tions were not "officially" made known to the British Government.[65] The fact is, however, that the controversies were matters of public notoriety, and that whenever members of the British Government were questioned on the subject their uniform public response was to the effect that they ought not to be concerned about the events leading up to Canadian requests for amendment. While it may be true, as the Committee suggests,[66] that these statements did not constitute "undertakings" to Canada, they did constitute, together with the invariable practice of British deference to the constitutional wishes of the Government and Parliament of Canada, overwhelming evidence of a *convention* upon which Canada was and is entitled to rely.

62. The fact that British authorities themselves harboured no private reservations when making such public statements is well illustrated by an incident to which the *Kershaw Report* itself refers. In 1946, the United Kingdom High Commissioner in Canada wrote to the Permanent Under-Secretary, Dominions Office, reporting a conversation between the British Secretary of State for the Dominions and the Premier of Quebec, in which the latter complained about the recent passage of the 1946 amendment without provincial consultation.[67] The letter continues:

> "The Secretary of State replied that there were only three possible courses of action for the UK Government on the receipt of the Canadian Government request. One was to pass the Act as requested, the second to refuse to do so and the third to amend it; if we had refused to pass the legislation there would have been an outcry from one end of Canada to the other; the Secretary of State was advised that we had no power to amend the legislation; therefore, he had no alternative to passing the Act and he took this in hand as quickly as possible."

At another point in the letter the High Commissioner acknowledges that: "...the Dominion Parliament has power in itself to propose amendments without consulting the Provinces"; and that "...the United Kingdom *action is and must be purely automatic*".[68]

B. Constitutionality of Canadian Proposal

63. It is essential to the thesis advanced in the *Kershaw Report* to establish that it would offend a fundamental principle ("established constitutional position") of the Canadian Constitution for the Canadian Parliament to seek British enactment of the proposed patriation package without further

---

[65] Para. 76. It might be noted in passing that para. 110 states that "informal" conveyance of provincial *approval* would be sufficient.
[66] Para. 77.
[67] Para. 72, note 2.
[68] Emphasis added.

provincial consultation or consent. It was on this question that the Kershaw Committee was probably at its greatest disadvantage. As pointed out earlier, the Committee relied primarily on submissions by parties to one side of the dispute in Canada or by British academics who did not claim first-hand knowledge of the Canadian scene.

64. The reasoning by which the Kershaw Committee arrived at the conclusion that the proposed patriation package would be unconstitutional was as follows:

(a) No amendment "significantly affecting the federal structure of Canada"[69] may properly be proposed to the United Kingdom Parliament without "the clearly expressed wish of Canada as a whole, bearing in mind the federal nature of that community's constitutional system".[70]

(b) The proposed patriation package would "directly affect the federal structure of Canada".[71]

It was mistaken on both counts.

65. The Committee relied on three sources for its view that no amendment "significantly affecting the federal structure of Canada"[72] may properly be requested by federal authorities without provincial consultation and consent:

(a) statements of the Supreme Court of Canada in the *Senate Reference*;[73]

(b) statements contained in a 1965 publication of the Government of Canada: *The Amendment of the Constitution of Canada*;[74] and

(c) an implication arising from the federal nature of Canada.

66. The *Senate Reference*[75] may be disposed of quickly. It was a ruling by the Supreme Court of Canada as to whether the Parliament of Canada has the legislative power under section 91(1) of the *B.N.A. Act* to enact on its own authority certain amendments affecting the Canadian Senate. The case had nothing to do with the capacity of the Parliament of Canada to make amendment requests to the Parliament of the United Kingdom.

67. Reliance on the Government of Canada's 1965 publication, *The Amendment of the Constitution of Canada*,[76] to support a constitutional requirement of provincial consent is puzzling, because in fact the publication establishes the contrary proposition. It is true that it refers to a general

---

[69] Para. 114.
[70] Para. 111.
[71] Paras. 14(9) and 111.
[72] Para. 114.
[73] Note 29 above. *Kershaw Report*, para. 33, ff.
[74] Para. 48, ff.
[75] Note 29 above.
[76] Note 74 above.

principle concerning a degree of provincial consultation and agreement with respect to requests for amendment "directly affecting federal-provincial relationships", but it points out the uncertainty surrounding the appropriate nature and degree of provincial participation,[77] and, moreover, expressly states that the principle in question is "not constitutionally binding in any strict sense".[78] Inasmuch as the publication received the tacit approval of all provincial governments before it was released, it offers compelling authority for the proposition that provincial consultation and consent is *not* a constitutionally binding requirement of the existing amendment process.

68. It is interesting to note that in the decision of the Manitoba Court of Appeal upholding the constitutionality of the proposed patriation package, even the dissenting judges were unable to find clear historical evidence of a convention requiring provincial consultation and consent for such an amendment request.[79]

69. The Kershaw Committee seemed to sense the weakness of the argument that a convention exists relating to provincial consent. It was perhaps for that reason that it tried to derive the constitutional principle it asserted primarily by implication from the federal nature of the Canadian Constitution rather than from past experience.

70. It is true that the Constitution of Canada is, generally speaking, federal in nature. It can also be conceded that in a theoretically ideal model of federalism it would be desirable that both the central and the regional orders of government should play significant roles in the constitutional amendment process. It does not follow from these premises, however, that an amendment request which would significantly affect the federal structure of Canada requires provincial consultation and consent. There are several reasons why this does not follow:

(a) Solutions to real political and constitutional problems must be based on actual existing constitutions rather than on theoretical ideals.

(b) In actuality, no existing "federal" constitution conforms exactly to the ideal model. Historical, social and political realities prevailing in each "federal" nation permit only an approximation of the ideal. The Canadian Constitution deviates from perfect federalism in a number of important respects. For example, the *B.N.A. Act* bestows on the federal order of government the power to affect the rights and interests of the provinces unilaterally in such significant ways as appointing and instructing provincial Lieutenants-Gover-

---

[77] P. 15.
[78] P. 11.
[79] Note 48 above, *per* O'Sullivan J. A., p. 26, and *per* Huband J. A., p. 9.

nor,[80] disallowing provincial legislation,[81] declaring provincial works to the "works for the general advantage of Canada,"[82] and influencing matters within provincial jurisdiction through the "spending power".[83] No purpose would be served by an exhaustive elaboration of these powers and their ramifications. It should be observed, however, that some of them have exerted profound influence on the shape of Canadian federalism, and continue to do so. Provincial works as diverse and important as railways, grain elevators, and uranium mines are subject to federal jurisdiction by reason of the federal declaratory power, for example, and programmes as vast and socially significant as public medical insurance owe their existence to the federal spending power. It is also worthy of note that under Canadian federalism the residue of unallocated governmental power lies, not with the provinces as in Australia and the United States, but with the federal order of government.[84]

(c) In the present context the most significant deviation from perfect federalism in the actual Canadian Constitution is the fact that until an all-Canadian amendment procedure is devised, the federal order of government has been left with the responsibility of requesting British amendments to the Constitution of Canada. This has been a feature of Canada's particular brand of federalism since the country's birth.

(d) The proposal under current discussion will move the Canadian Constitution considerably closer to ideal federalism in this regard by giving the provinces a legal role in the amendment process which they have never had before. The role that the provinces will thereafter be able to play in the process will be very important—much more important, for example, than that which their counterparts play under the "federal" Constitution of Australia.

71. Even if the Kershaw Committee were correct in its mistaken belief that the Constitution of Canada requires a measure of provincial concurrence before the Parliament of Canada can properly approach the United Kingdom Parliament to request a constitutional amendment "significantly affecting the federal structure of Canada", the requirement would not apply to the proposal currently under discussion, because, as has been explained earlier,[85] that proposal, when implemented, will not affect the "federal

[80] *B.N.A. Act*, note 7 above, s. 58, ff.
[81] S. 90.
[82] S. 92(10)(c).
[83] See: *Government of Canada, Federal-Provincial Grants and the Spending Power of Parliament*, June 1969.
[84] *B.N.A. Act*, s. 91, introductory words (the "Peace, order and good government" clause).
[85] See para. 43 above.

structure" of Canada in any way that would be detrimental to the interests of the provinces.

C. Circumstances Justifying British Compliance With Canadian Request

72. The Kershaw Committee has expressed the opinion that the United Kingdom Parliament would be justified in granting an amendment request from the Government and Parliament of Canada if a certain specified degree of provincial concurrence were manifested,[86] or, alternatively, if the proposal were substantially modified in certain specified respects.[87] Another possible alternative, which the *Report* discusses inconclusively, would be to await the final outcome of litigation on the subject.[88] Finally, the Committee has raised the possibility that "the UK Parliament might reasonably consider setting a term of years" beyond which it would no longer be willing to abide by certain constraints which it now recognizes on its legal powers over the Canadian Constitution.[89] Each of these suggested conditions to British co-operation will be examined.

73. Having decided that the Constitution of Canada requires a measure of provincial concurrence before an amendment request can properly be made to the United Kingdom Parliament by the Government and Parliament of Canada, the Committee was then obliged to determine the extent and distribution of such concurrence that would, in its opinion, justify British compliance. All the provincial briefs to the Committee had urged the need for unanimous provincial consent. This approach was rejected[90] in favour of a standard based on the amending formula set out in the Government of Canada's original proposal (since modified somewhat in this respect): consent of the governments, legislatures, or voters of Quebec, Ontario, and of provinces representing at least 50% of the population west of Ontario and 50% of that east of Quebec.[91] While the test chosen is certainly a suitable measure of required provincial concurrence to future amendments to the Constitution of Canada, the suggestion that it be applied in the present context prompts the following observations:

(a) It is very difficult to understand how this criterion could be said to be somehow inherent in the nature of federalism, when the constitutions of the two other major federal systems in the world, the United States and Australia, have markedly different provisions for regional involvement in the amendment process. In both those countries, the amending procedures require less regional support

---

[86] Para. 114.
[87] Para. 115.
[88] Paras. 123 and 127.
[89] Para. 14(11).
[90] Para. 14(7).
[91] Para. 114.

for constitutional amendments than the modified Victoria Formula adopted by the present proposal would provide. The United States Constitution calls for the ratification by the legislatures of 75% of the states, regardless of their population or geographic distribution.[92] The Australian Constitution requires the support, by referendum, of only a majority of voters in a majority of states, again without regard to which states are involved.[93]

(b) The Committee suggests that the criterion be applied only where the "federal structure" would be "significantly" or "directly" affected by an amendment.[94] As shown above,[95] the proposed patriation package would not affect the federal structure in any way that would be detrimental to provincial interests. Therefore, by the Committee's own standards there would be no need for provincial concurrence in this case.

(c) Even if one accepted the Committee's view that a request of the type proposed must be shown to meet "the clearly expressed wishes of Canada as a whole, bearing in mind the federal character of the Canadian constitutional system",[96] it is the Parliament of Canada, with a membership drawn from all parts of the country, and the constitutional responsibility for Canada's relations with the rest of the world, which is best suited to convey to the United Kingdom "the clearly expressed wishes of Canada as a whole".

74. An alternative suggestion is made in paragraph 115 of the *Kershaw Report*—that it would be acceptable for the United Kingdom Parliament to enact, without *provincial concurrence*:

> "a request for patriation/amendment involving *only* (i) termination of the UK's legislative powers and (ii) a post-patriation amendment formula providing for amendment only with at least such a degree of provincial support as is required to initiate an amendment"[97] under Part V of the proposal.

This would involve the elimination of the Charter of Rights and Freedoms from the proposal, and the adoption as a permanent amending procedure of a special formula that the proposal provides for interim purposes only. It would require an extensive alteration of the proposal now being considered. The Committee's explanation of why it would be justifiable for the United Kingdom Parliament to enact this modified proposal without provincial consent is not easy to follow. It is stated that such an enactment "would not

---

[92] Constitution of United States, Article V.
[93] Constitution of Australia, s. 128.
[94] Paras. 111 and 114.
[95] See para. 43 above.
[96] Para. 14(8).
[97] Para. 115.

substantially affect the federal character of Canada's constitutional system"[98], but, as has been explained above,[99] the proposal now being considered would not do so either. The Kershaw Committee's "alternative" suggestion looks very much like an attempt to do that which the Committee itself has said would not be appropriate for British authorities: to determine "the suitability for the peoples of Canada of a requested constitutional package".[100]

75. The section of the *Kershaw Report* which discusses pending litigation[101] does not make any positive recommendations on the subject to the United Kingdom Parliament. It does serve a useful purpose, however: to remind everyone concerned that there is no need for the dissenting provinces to seek a forum for their complaints outside Canada. The courts of Canada, before whom the provincial challenges have been placed, are better able than any other body to determine issues of Canadian constitutional law. To the extent that the challenges involve political issues, Canadian politicians and the Canadian electorate are better able to judge their merits than are the politicians of another country. The first of the courts consulted by the dissenting provinces has already ruled that there is no constitutional impediment to the proposal of the Government of Canada. Whatever the decision of the other courts, and ultimately of the people of Canada, may be, there can be no doubt that Canadian legal and political institutions are completely competent to deal with this Canadian problem. In short, those who disagree with the current proposal have no need for an external forum; their objections can be adjudicated—knowledgeably, impartially and effectively—at home.

76. The "Conclusions" section of the *Kershaw Report* suggests that "the UK Parliament might reasonably consider setting a term of years beyond which this constitutional position could not be expected to continue"[102]. There does not appear to be anything in the body of the *Report* that supports such a conclusion; the question seems to have arisen for the first time at the conclusion stage. It is possible that if the Committee had had more time to reflect on the unfortunate consequences that could result from the combination of rejecting the proposed request and imposing a time limit on British co-operation in the Canadian amendment process, it might have thought better of the idea. Yet the suggestion does offer another useful reminder—that Canadians should not expect to rely indefinitely on the good will and patience of our British friends when amendments to the Canadian Constitution are required. The time has arrived for Canada to be constitu-

---

[98] *Ibid.*
[99] See para. 43 above.
[100] Para. 14(11).
[101] Paras. 123, ff.
[102] Para. 14(11).

tionally independent, legally as well as politically. The proposed patriation package will achieve that goal, and will eliminate all future need to inconvenience the Government and Parliament of the United Kingdom with Canadian amendment requests. No time limit is necessary.

D. Interference with Canadian Independence and Internal Affairs

77. The *Kershaw Report* describes Canada, quite properly, as "an independent and sovereign state",[103] and asserts that: "The primary desire of the UK Government and Parliament is to maintain and enhance the warm and friendly relations with Canada which have subsisted over many decades and through two World Wars".[104]

78. Unhappily, many of the *Report*'s conclusions advise the Government and Parliament of the United Kingdom to respond to the proposed Canadian request for amendment of the Canadian Constitution in ways that would constitute intolerable interference with the internal affairs of "an independent and sovereign state". To appreciate the extent of intervention in Canadian affairs that would occur if the Committee's advice were heeded, one has only to consider a few of the responsibilities that the United Kingdom Parliament would be called upon to undertake:

(a) *Guardian of Canadian Federalism.* It would owe, without any electoral mandate, a "duty or responsibility to the Canadian people or community"[105] to decide, contrary to the decision of Canada's democratically elected national Parliament if necessary, "whether or not a request for amendment or patriation of the B.N.A. Acts conveys the clearly expressed wish of Canada as a whole, bearing in mind the federal nature of that community's constitutional system".[106]

(b) *Interpreter of the Canadian Constitution.* To perform the role of guardian of Canadian federalism, it would have to decide whether the Kershaw Committee has correctly interpreted Canadian constitutional requirements, or whether other authorities have more accurately construed Canadian law, history and constitutional practice.

(c) *Determiner of Precise Amendment Requirements.* In order to carry out the role that the Kershaw Committee calls for it to play, the United Kingdom Parliament would also be required to determine the appropriateness of the detailed conditions for acceptance of an amendment request that the Committee has postulated. This would mean deciding:

[103] Para. 7.
[104] Para. 14.
[105] Para. 103.
[106] Para. 111.

(i) whether "Victoria Formula" type criteria should be applied to determine the extent and distribution of provincial concurrence;[107] and

(ii) whether, in the alternative, the Parliament of Canada should be required to make substantial alterations to the proposed amending formula, and abandon altogether the proposed Charter of Rights and Freedoms.

If it undertook these responsibilities, the United Kingdom Parliament would find itself very deeply immersed in Canadian affairs.

79. In light of that fact, it is surprising to read in the *Kershaw Report* statements that: "Nothing in our Report casts any doubt on Canada's full independence as a sovereign state"[108], and that adopting its recommendations would not "constitute an 'interference' in Canadian internal affairs".[109]

The key to this inconsistency may lie in the following statement:

> "The Canadian Parliament is not 'absolutely sovereign', but is (by the will of the Canadian community confirmed in 1931) subject to the constraints of a *federal* constitution".[110]

Implicit in this statement are two fallacies:

(a) The belief that the status quo that was "confirmed" in 1931 involved a British supervisory power over the Canadian Constitution which still persists. As has been explained,[111] this is a mistaken belief.

(b) The notion that the internal division of governmental responsibilities between central and regional governments in a federal system somehow restricts the national sovereignty of a federal nation like Canada in its relations with the outside world. The truth is that while the Canadian Parliament and provincial legislatures each have certain assigned law-making powers within Canada, Canada's national sovereignty is unlimited, and is exercised on behalf of the entire nation by the democratically elected Government and Parliament of Canada.

These twin fallacies appear to have been primarily to blame for leading the Kershaw Committee to several of its most unfortunate conclusions.

80. If the United Kingdom Parliament were to accept these mistaken assumptions and the suggestions of the Committee that flow from them, it would be casting aside one of the Commonwealth's most fundamental

[107] See para. 73 above.
[108] Para. 85.
[109] Para. 96.
[110] *Ibid.*
[111] See para. 14, ff., above.

precepts. That association was proclaimed by the *Balfour Declaration* to be one of "autonomous communities ... equal in status, in no way subordinate one to another".[112] The principle of equality has always included the equality of the national Parliaments of the communities making up the Commonwealth. It is surely not the time to abandon a concept which has been the strength of this unique association.

Conclusions

81. It was pointed out earlier that any flaw in the Kershaw Committee's chain of reasoning would invalidate its conclusions. It is submitted that many such flaws have been demonstrated by the preceding paragraphs. Indeed, every major component of the Committee's position can be shown to be mistaken:

(a) British authorities do *not* retain political responsibility for the amendment of the Canadian Constitution because:

(i) British authorities had divested themselves of political discretion with respect to the Constitution of Canada long before the *Statute of Westminster, 1931*;

(ii) the *Statute of Westminster* preserved the constitutional status quo in this regard; and

(iii) subsequent statements by representatives of the United Kingdom Government and actions by the United Kingdom Parliament have consistently and emphatically confirmed this position.

(b) The Constitution of Canada does *not* require provincial concurrence to an amendment request such as has been proposed because:

(i) there is no support in Canadian constitutional law or practice for the Kershaw Committee's belief that provincial consent is required for amendments "significantly affecting the federal structure of Canada"[113]; and

(ii) in any event, the amendments proposed would not affect the federal structure of Canada in any way detrimental to provincial interests.

(c) The detailed conditions suggested by the *Kershaw Report* as to the extent of provincial concurrence required, or, alternatively, the type of changes in the proposal required, to justify British acceptance of an amendment request, *offend the Committee's own advice* that "it would be quite improper for the UK Parliament to deliberate about the suitability of requested amendments or methods of patriation".[114]

[112] Note 8 above.
[113] Para. 114.
[114] Para. 113.

(d) If the Parliament of the United Kingdom followed the advice of the Kershaw Committee on these matters, it *would* "constitute an 'interference' in Canadian internal affairs"[115].

82. Canadians have reason to be very grateful to the Government and Parliament of the United Kingdom for the patience, understanding and co-operation they have consistently displayed throughout Canada's prolonged constitutional amendment stalemate. Deeply steeped in democratic traditions, British authorities have always known that political judgments concerning the amendment of the Constitution of Canada can only be exercised by those who hold a political mandate from the people of Canada. They have, therefore, always respected the wishes of the Government and Parliament of Canada when amendment requests have been made. Canadians are confident that when this final request for British constitutional assistance arrives at Westminster, it will be treated in the same understanding and co-operative manner that has always marked the relations of these two cordial associates in the Commonwealth of Nations.

[115] Para. 96.

Appendix A

Constitutional Amendments Affecting Provincial Interests

(Source: Factum of Attorney General of Canada in *Manitoba et al* v. *Canada*, Manitoba Court of Appeal, November 1980.)

1. The *British North America Act, 1871* affected federal-provincial relationships and the powers and rights of provincial governments. It empowered Parliament alone to create new provinces without the consent of the existing provinces and thereby alter significantly the balance between province and province and between province and the federal government. It allowed Parliament alone to add new Senate seats for such provinces. It prescribed an amending formula for making changes to provincial borders. No provincial consent was sought or given.

2. The question of provincial consent was raised in a series of resolutions in the Canadian House of Commons by the Honourable Mr. Mills. They were not accepted. The last of these resolutions was as follows:

> "That the respective Legislatures of the Provinces now embraced within the Union having agreed to the same on a Federal basis, which has been sanctioned by the Imperial Parliament, this House is of opinion that any alteration by the Imperial Legislation of the principle of Representation in the House of Commons recognized and fixed by the 51st and 52nd Sections of the British North America Act, 1867, without the consent of the several Provinces that were parties to the compact, would be a violation of a fundamental principle in our constitution, and destructive of the independence and security of the Provincial Governments and Legislatures."
>
> (Canada, *House of Commons Journals*, 1871, pp. 253-54.)

3. The *British North America Act, 1886* affected federal-provincial relationships and the powers and rights of provincial governments. It empowered Parliament *alone* to provide for territorial representation in Parliament, including the Senate. Any additional Senate members would, of course, affect the relative voice of the other Senators. No provincial consent was sought or given.

4. The *British North America Act, 1907* affected federal-provincial relationships and the rights of provincial governments. It increased the amount of subsidies paid to the provincial governments under the original terms of the *B.N.A. Act, 1867*. It was sought by Paliament and granted by the United Kingdom Parliament despite the objection of British Columbia. The

other provinces agreed. British Columbia claimed it was entitled to additional subsidies because of its peculiar needs arising out of a mountainous terrain, scattered population and geographical isolation. On March 25, 1907, the Legislative Assembly of British Columbia passed a resolution protesting against the federal proposal. British Columbia submitted a memorandum to the British Colonial Office protesting the inadequacy of the amount. British Columbia's objection did not prevent the passage of the Act although the British Government did accept one drafting change. They deleted the words "final and unalterable" from the Act, apparently on the advice of the parliamentary draftsman that such words were not appropriate in a statutory enactment. The substance of the amendment was enacted in spite of the provincial objection.

5. The *British North America Act, 1915* affected federal-provincial relationships and altered provincial rights. It increased the number of Senators and altered the senatorial divisions. It also added what is the present section 51A which guarantees that provinces would never have fewer members in the House of Commons than they have in the Senate. There was no consultation with the provinces, although the Province of British Columbia had requested a change in representation and this was embodied in the resolution. The Premier and Attorney General of Prince Edward Island appeared before the committee of the House of Commmons considering the resolution. Their representation for change was not accepted. This amendment affected all provinces by affecting the provincial allocation of Senators and by establishing a floor for House of Commons representation.

6. The question of provincial consent was raised by Mr. O. Turgeon (Gloucester):

> "... I am perfectly willing to accept this proposal as a very moderate one, but, in order to secure its acceptance by the Imperial Parliament, would it not be better first to submit it to an interprovincial conference: for it is scarcely two years ago that a conference of the provinces denied this right to the maritime provinces. I believe that if the Prime Minister referred this proposal to the judgment of the Provincial Legislatures and secured their assent or, at least, their favourable comment, the proposal would be sanctioned by the Imperial Parliament. I join with my hon. friend from Prince Edward Island in suggesting that this proposal be separated from the other, in order that it may be submitted to the Provincial Legislatures for their assent... ."
>
> (Canada, *House of Commons Debates*, 1915, vol. II, pp. 1465-66.)

The address, however, was accepted without any further reference to the provinces.

7. In the Senate, it was noted that the subject of the amendment had been discussed at a provincial Premiers' meeting but that the Premiers had reached no decision on the matter.

(Canada, *Senate Debates*, 1914, p. 880.)

An amendment was moved in the Senate that the section providing for a minimum representation of each province in the House of Commons should not take effect until the consent of the legislatures of the provinces had been obtained. This proposal was rejected on division.

(Canada, *Senate Debates*, 1914, p. 902. See also Canada, *Senate Debates*, 1914, pp. 885-86; 888-92; 896-97.)

8. The *British North America Act, 1930* affected federal-provincial relationships and altered provincial rights. By that amendment the federal government transferred ownership of lands and resources to the four Western provinces (less extensively to British Columbia than to the other three provinces, since only the Railway Belt lands were transferred in that province). All four provinces agreed. The consent of the other provinces was not sought although the subject had been discussed at a Federal-Provincial Conference in 1927 where Ontario and Quebec, at least, had indicated agreement in principle.

9. In the debates in the House of Commons it was argued by Mr. MacLaren:

> "... amendments to the British North America Act, especially those of the importance of the one we have before us, should be submitted not in an informal but in a very official way to all the provinces in order to obtain their concurrence therein, or to give them an opportunity of expressing objections. The procedure now suggested is contrary to both Confederation and the British North America Act. It is not following out the spirit in which that Act was framed; it is not giving to the provinces the opportunity of expressing objection or acquiescence. I do not see how it can be considered that the simple passage by this House of this petition represents the will of the provinces. Therefore, Mr. Speaker, I enter my protest that a petition of this character should be forwarded without consulting all the provinces of the Dominion with a view of obtaining their assent thereto or their objections."
>
> (Canada, *House of Commons Debates*, 1930, p. 2628. The issue was also raised in the *Senate Debates*, 1930, pp. 335-39, 348-9.)

10. The government members took the view that the amendment affected only the four Western provinces and, therefore, the consent of all provinces

was not necessary. Also, it was pointed out that no province was in objection, although the proposed amendment was common knowledge.

11. The *Statute of Westminster, 1931* substantially increased both federal and provincial rights and powers. It provided that Parliament and all provincial legislatures could legislate free of the limitations previously imposed by the *Colonial Laws Validity Act*. Section 7(1) retained full United Kingdom legislative authority over the *British North America Acts*, and section 7(3) provided that neither Parliament nor the provincial legislatures were authorized by virtue of the powers conferred to legislate on matters other than those within their legislative competence.

12. Although provincial governments were consulted on this amendment and their consent given, it is clear from the surrounding circumstances that this was not intended to acknowledge or create a convention that the provinces must consent to constitutional amendments before they would be enacted by Westminster.

(a) The Imperial Conference of 1930 considered the provinces as being given only the right to consultation. In the *Summary Proceedings* of that Conference, at p. 3717, the following is found:

> "... it appeared that representations had been received from certain of the Provinces of Canada subsequent to the passing of the Resolution, protesting against action on the Report *until an opportunity had been given to the Provinces to determine whether their rights would be adversely affected by such action.* Accordingly, it appeared necessary to provide for two things. In the first place *it was necessary to provide an opportunity for His Majesty's Government in Canada* to take such action as might be appropriate to enable the provinces *to present their views*. In the second place, it was necessary to provide for the extension of the sections of the proposed Statute to Canada, or for the exclusion of Canada from their operation after the Provinces had *been consulted*." (Emphasis added.)

(b) *The Minutes of the Federal-Provincial Conference of 1931* (at p. 10) states:

> "Two provinces had felt (he [Mr. Bennett] did not consider wrongly) that they should be *consulted* in this particular matter of the Statute of Westminster, as they were directly affected by it. *The Conference therefore had been called for that particular purpose*." (Emphasis added.)

(c) In response to provincial concerns that the present section 4 and the preamble of the *Statute of Westminster* would add to federal powers it was proposed by Mr. Geoffrion that a section be added

to exempt the *British North America Acts* from the application of the Statute. This proposal became the present section 7(1). This proposal is described in the *Minutes* as follows at p. 16:

"Mr. Geoffrion then explained that his suggestion was an effort to meet the difficulty of the implied recognition in the Statute of the Dominions' power to request amendments. *He merely wished to insure that the position of the Provinces would not be any weaker after* the Statute then it had been before. His suggestion would, he thought, reserve the provincial position until the whole question of amendment could be discussed in the future .... " (Emphasis added.)

After Mr. Geoffrion's proposal had been put into a formal textual form, the following discussion took place, described at p. 20:

> "Mr. Guthrie followed Mr. Bennett by stating that it was the purpose behind the new draft to make absolutely clear that the statute made no change in the British North America Act and gave the Dominion no new power to alter it. *It was definitely designed to maintain the status quo....*
>
> Mr. Cahan then emphasized that the sole purpose of the committee last night in suggesting alterations to Section 7 *was to preserve absolutely the status quo as to relations inter se.*" (Emphasis added.)

(d) The practice followed after the passage of the *Statute of Westminster* was not invariably one of requiring consultation with or the consent of the provinces before a constitutional amendment would be enacted by Westminster. For example, that in 1949 admitting Newfoundland into Confederation, statutorily confirmed Quebec's border with Labrador, without Quebec's consent. The 1949(2) amendment conferred on Parliament powers to amend the Constitution in certain respects.

13. Despite the contrary conclusion of Gérin-Lajoie in his text, *Constitutional Amendment in Canada*, pp. 196-97, the wording of the 1930 Imperial Conference *Report* does not indicate an intention that thereafter amendments to the Constitution of Canada, even including amendments which affect federal-provincial relationships or alter provincial rights and powers, would be made only with the consent of provincial legislatures or provincial governments. It is clear the wording was intended to be neutral. The argument of Mr. Ralston in debate on the resolution requesting Westminster to pass the Statute of Westminster, following the Federal-Provincial Conference of 1931, illustrates this point:

"...the report of the conference of 1930 is very careful not to provide for the consent of the provinces but only to give the provinces an opportunity to present their views. At page 18 the following appears:

> 'Accordingly, it appeared necessary to provide for two things. In the first place it was necessary to provide an opportunity for His Majesty's government in Canada to take such action as might be appropriate to enable the provinces to present their views. In the second place it was necessary to provide for the extension of the sections of the proposed statute to Canada or for the exclusion of Canada from their operation after the provinces had been consulted.'

But while this is the preamble—so to speak—when we come to the legal conditions which are to be complied with we find that the consent of the provinces is not mentioned nor are they necessarily to be consulted but that it is to be sufficient if the formalities required for amendments to the British North America Act are carried out. Note how the report proceeds:

> 'To this end it seemed desirable to place on record the view that the sections of the statute relating to the Colonial Laws Validity Act should be so drafted as not to extend to Canada unless the statute was enacted in response to such requests as are appropriate to an amendment of the British North America Act. It also seemed desirable to place on record the view that the sections should not subsequently be extended to Canada except by an act of the parliament of the United Kingdom enacted in response to such requests as are appropriate to an amendment of the British North America Act.'

Any idea which the provinces might have had, that their consent might be required, vanishes when we read the last sentence to the effect that the only procedure required to be followed is such procedure as is necessary and appropriate to an amendment of the British North America Act. And that procedure provides only for an address by both houses of parliament, without reference at all to the provinces."

(Canada, *House of Commons Debates*, 1931, p. 3208.)

14. The *British North America Act, 1940* affected federal-provincial relationships and altered provincial rights and powers. It transferred authority to legislate on unemployment insurance from provincial to federal

jurisdiction. The consent of all provinces was sought and obtained. (Correspondence with the provinces is printed as an appendix to *Votes and Proceedings of the House of Commons*, June 25, 1940.)

15. In speaking to the resolution the Prime Minister stated:

> "... not having received the consent of all nine provinces until this year, we could not possibly before this particular session have introduced in a manner which would avoid all questions a measure for the amendment of the British North America Act."
>
> (Canada, *House of Commons Debates*, 1940, p. 1118.)

16. It is clear, however, from the exchange recorded on page 1122 that consent of the provinces was considered *desirable* but *not necessary*:

> "*Mr. Thorson*: ... But I would not wish this debate to conclude with an acceptance, either direct or implied, of the doctrine that it is necessary to obtain the consent of the provinces before an application is made to amend the British North America Act. Fortunately, this is an academic question at this time.
>
> *Mr. Lapointe:* May I tell my hon. friend that neither the Prime Minister nor I have said that it is necessary, but it may be desirable.
>
> *Mr. Thorson:* The Prime Minister has made it perfectly clear that the question does not enter into this discussion, in view of the fact that all the provinces have signified their willingness that this amendment should be requested."
>
> (Canada, *House of Commons Debates*, 1940, p. 1122.)

17. The *British North America Act, 1943* affected federal-provincial relationships and arguably provincial rights. It postponed until after the war the redistribution of the representation of the provinces in the House of Commons, required after the 1941 decennial census by virtue of section 51 of the *British North America Act, 1867*. No provincial consent was sought or obtained. The Legislative Assembly of Quebec requested the federal government to modify its proposal. Mr. Adélard Godbout forwarded to the Prime Minister an official note along these lines. (Canada, *House of Commons Debates*, 1943, p. 4353-54.) Quebec's objections were ignored.

18. During debate the resolution was opposed on the ground that provincial consents had not been obtained. (Canada, *House of Commons Debates*, 1943, pp. 4356, 4364.) The Minister of Justice, Mr. St. Laurent, argued that the amendment did not alter the allocation of federal and provincial powers. At the same time he stated that if such allocation were to be changed it would not be proper to do so without the consent of the legislative body that was given

the constitutional powers in question. (Canada, *House of Commons Debates*, 1943, pp. 4365-66.)

Mr. St. Laurent did not say that such amendments could not be passed by Parliament alone but merely that it would be proper, that is, appropriate, to have provincial consent. In the same debate, Mr. Coldwell stated:

> "I know, of course, that at present the real power of amendment of our constitution, which is in the British North America Act, is in reality in the hands of this parliament. As I have just indicated, anything we may ask regarding amendment will be granted by the imperial parliament at Westminster."
>
> (Canada, *House of Commons Debates*, 1943, p. 4345.)

19. There was also discussion in the Senate regretting the lack of provincial consent. (Canada, *Senate Debates*, 1943, pp. 288-9.)

20. The *British North America Act, 1946* affected federal-provincial relationships and altered provincial rights. This amendment replaced the original section 51 of the *British North America Act, 1867* with a new one providing for the representation of the provinces on a strictly proportional basis. Provincial consents were neither sought nor obtained. Quebec objected (letter of May 30, 1946 from Duplessis to St. Laurent). Opposition members said provincial consent should have been obtained (Canada, *House of Commons Debates*, 1946, pp. 2228-35), and Mr. Diefenbaker moved an amendment to the effect that the Government be required to consult the provinces. This was defeated. (Canada, *House of Commons Journals*, 1946, vol. 87, pp. 373-374.) The government took the position that the amendment did not deal with provincial powers. Mr. St. Laurent indicated that *in his view*, matters given to the provincial legislatures and governments could not be dealt with without provincial consent (pp. 1936-37). Other members indicated such matters could not be dealt with without provincial *consultation* (pp. 2255-56, 2461, 2601, 2626). Mr. St. Laurent stated, however, that in his view Parliament alone could request changes respecting minority language rights under section 133 (p. 2621).

21. The *British North America Act, 1949* affected federal-provincial relationships and altered the rights of the provinces. It added Newfoundland to Confederation. The addition of a province alters significantly the balance between province and province, and province and the federal government. This amendment confirmed by statute the boundary between Quebec and Labrador—without Quebec's consent. Provincial consents were neither sought nor obtained. There was opposition to the bill in the House of Commons on the ground that the provinces should have been consulted. During the debate on the resolution the same point was made. (Canada,

House of Commons Debates, 1949, p. 345; and Canada, *Senate Debates*, 1949, pp. 71, 79.)

22. The Leader of the Opposition moved an amendment that the resolution be amended in the following terms:

> "And whereas it is desirable that the government of Canada should consult with the governments of the several provinces in respect to the said matter; 'Now therefore be it resolved, that the Government of Canada be required to consult at once the governments of the several provinces and that upon a satisfactory conclusion of such consultations a humble address be presented to His Majesty in the following words ....' "
>
> (Canada, *House of Commons Journals*, 1949, p. 69; and Canada, *House of Commons Debates*, 1949, pp. 498-501.)

The amendment was defeated.

(Canada, *House of Commons Journals*, 1949, pp. 73-75.)

23. The Premiers of Quebec and Nova Scotia stated publicly that consultation should have taken place (Gérin-Lajoie, p. 129).

24. Since Confederation the original four provinces have been increased to ten by action of the federal Parliament (and, on occasion, the United Kingdom Parliament or government) without any consultation with or consent by the original four provinces. It is, therefore, obvious that the contention that there is a convention that provincial consent is required for amendments to the Constitution of Canada affecting federal-provincial relationships or provincial rights and powers is untenable.

25. *The British North America Act, 1949(2)* at the time was thought by the provinces to have affected significantly federal-provincial relations and the rights of the provinces. This amendment added section 91(1) to the *British North America Act* giving Parliament authority to amend "the Constitution of Canada" except with respect to five listed categories. There was no provincial consent sought or obtained. The government took the position that the amendment dealt with matters entirely under federal jurisdiction.

26. The Opposition moved an amendment to the resolution that would have required the convoking of a federal-provincial conference to "devise a method of amending within Canada the Constitution of Canada, and of safeguarding minority rights". The method so devised would then become the subject of the resolution. (Canada, *House of Commons Debates*, 1949, p. 841.) The amendment was defeated.

27. The *British North America Act, 1951* affected federal-provincial relationships and altered provincial rights. It transferred to Parliament jurisdiction over pensions. Provincial legislatures retained concurrent authority. The consent of all provinces was obtained.

28. The *British North America Act, 1960* affected federal-provincial relationships and affected provincial rights. It imposed a compulsory retirement age of 75 on Superior Court judges. The amendment would have ramifications for provincial governments because of their jurisdiction over the administration of justice derived from section 92(14) of the *British North America Act*. Initial consent from all provinces was obtained for an amendment which would have applied to District and County Court judges, as well as to Superior Court judges. (Correspondence exchanged with provincial governments is printed as an Appendix to the *Votes and Proceedings* of February 16th, 1960.) In addition to establishing in the constitution the retirement age for County and District Court judges, the amendment would have extended the existing section 99 of the *British North America Act* to them so that their security of tenure would thereafter have been constitutionally entrenched as is the case for Superior Court judges. The Senate, however, objected to this amendment and deleted the reference to District and County Court judges. The resolution changed in this significant way was adopted by Parliament and thus the final text of the amendment was not that originally approved by the provinces. (Canada, *House of Commons Debates*, 1960, pp. 7199-201; Canada, *Senate Debates*, 1960, p. 997; Canada, *House of Commons Journals*, 1960, pp. 854-56.)

29. The *British North America Act, 1964* affected federal-provincial relationships and altered provincial rights. It extended Parliament's concurrent jurisdiction over pensions to include supplementary benefits thereto. All provinces consented to the amendment. (Canada, *Sessional Papers* No. 202-J, June 10, 1964.)

Appendix B

The Unsuccessful Search for an Amending Formula

(Source: Factum of Attorney General of Canada in *Manitoba et al* v. *Canada*, Manitoba Court of Appeal, November 1980.)

The following is the history of federal-provincial attempts to find an amending formula for those parts of the Constitution not amendable in Canada:

(a) The first attempt was made at the Dominion-Provincial Conference of 1927 called in response to the *Balfour Declaration* of 1926. That report recognized that Canada, and the other Dominions, were independent countries and not subordinate to the United Kingdom. For Canada to achieve such a status legally, however, it was recognized that an amending formula for the Constitution would have to be found to enable full legal power to be transferred from the United Kingdom to Canada. The attempt to find such a formula was unsuccessful.

(b) The question of an amending formula was again raised at the Dominion-Provincial Conference of 1931 in anticipation of the passage of the *Statute of Westminster*. Agreement was not reached on an amending formula.

(c) A third attempt was commenced in 1935. The House of Commons established a Special Committee to study the best method by which the *B.N.A. Act* could be amended. This Special Committee held eleven sessions between February 18 and June 19, 1935. It did not result in adoption of an amending formula. However, this led to the holding of a Dominion-Provincial Conference in December 1935. The Conference resulted in the establishment of a Continuing Committee on Constitutional Questions to be comprised of federal and provincial representatives who were to draft an amending procedure. No agreement was reached.

(d) A fourth attempt was commenced in 1950 with the Dominion-Provincial Conference of that year. Agreement could not be reached.

(e) A fifth attempt was commenced at a Federal-Provincial Conference in July 1960 at which the then Prime Minister announced his intention to recommence discussions with the provinces on an amending formula and patriation. A conference of Attorneys General was initiated which met four times. These ministerial conferences drafted an amending formula (the Fulton Formula) that received the support of nearly all participants. The ensuing draft bill, however, did not receive unanimous approval and by 1962 this initiative was spent.

(f) A sixth attempt was initiated in 1964 at a First Ministers' Conference. The new draft (the Fulton-Favreau Formula) was unanimously recommended by the Attorneys General for acceptance by First Ministers at their meeting of October 14, 1964. The formula was later approved by the legislatures of nine provinces, but in January 1966 the Quebec government stated that it would not seek approval by its legislature.

(g) A seventh attempt was commenced in 1967 which led to what has been called the Constitutional Review Process of 1967-1971. This led to six first ministers' meetings, 26 meetings of ministers, and innumerable meetings of federal and provincial officials. It was decided that progress might be made by undertaking a full-scale review of the Constitution rather than concentrating only on the amending formula. This process led to the "Canadian Constitutional Charter, 1971" (generally referred to as the "Victoria Charter"). The Government of Canada and eight provincial governments accepted the Charter but, Quebec indicated it would not. In Saskatchewan, after the election of a new government, no opinion was expressed on the matter since Quebec's position made the question academic.

(h) An eighth attempt was initiated in 1975, at a Federal-Provincial Conference, by the Prime Minister suggesting that a more limited approach than that taken during the 1967-71 process be tried. It was suggested that an attempt be made to reach agreement primarily on an amending formula with certain additional guarantees respecting language rights. The Premiers held two meetings at which they discussed the proposal and then informed the federal government on October 14, 1976 that they could not agree to patriation without wider ranging constitutional reform, involving transfers of federal authority to the provinces.

(i) A ninth attempt was initiated at a Federal-Provincial Conference of First Ministers in October 1978. This followed the introduction in the Parliament of Canada of a draft "Constitutional Amendment Bill" (Bill C-60 of 1977-78). A continuing Committee of Ministers was established by the First Ministers which met three times and reported back to the First Ministers in February 1979. There was no agreement.

(j) A tenth attempt was initiated in June of 1980. The Continuing Committee of Ministers on the Constitution was instructed by First Ministers to attempt to reach consensus on twelve items of constitutional reform including patriation and an amending formula. However, again no consensus was reached.

Appendix C

Substantive Constitutional Reforms Discussed 1967-1980

Constitutional Review Process 1967-1971

On May 10th, 1967, the then Prime Minister, Mr. Pearson, announced plans for holding a special federal-provincial conference to consider a constitutionally entrenched Bill of Rights for Canada. Subsequently language rights were added to the agenda because a federal Royal Commission on that subject was in the process of reporting. The provinces were invited to suggest "any related matters" for the agenda. Two additional agenda items were added for the meeting which eventually took place in February 1968: regional disparities and further constitutional review. Out of this grew a federal-provincial constitutional review process which was to last more than three years and which discussed the following subjects:

(1) fundamental rights;
(2) official languages and language rights;
(3) equalization and regional disparities;
(4) amending procedure;
(5) patriation process;
(6) mechanisms of federal-provincial relations (e.g. annual First Ministers' Conferences);
(7) Supreme Court;
(8) modernization of the Constitution;
(9) income security and social services;
(10) principles and objectives of the Constitution;
(11) Senate reform;
(12) external relations;
(13) taxing powers (especially sales taxes and death duties);
(14) the federal spending power;
(15) capital markets and financial institutions;
(16) environmental management.

In June 1971, a tentative agreement was reached on proposals respecting the first nine items listed above (in a document known as the Victoria Charter). However, in the end the Quebec government refused to agree to the proposals, mainly on the ground that it wished to see increased provincial control in the area of income security and social services. The Saskatchewan government did not formally accept the Charter either. It was newly elected at the time and it was felt that Quebec's refusal made further action essentially academic.

1975-1976

In April 1975, the then Prime Minister, Mr. Trudeau, while meeting with the provincial Premiers on another matter, suggested they might collectively try once again to get agreement at least on an amending formula and patriation procedure in order to terminate the need for United Kingdom involvement in Canadian constitutional amendments.

This led to discussions with the provinces in which additional provisions were added at their request to the proposal. Thus, in April 1976, a draft proposal for constitutional reform was put forward which included provisions respecting:

(1) official languages and language rights;
(2) equalization and regional disparities;
(3) amending procedure;
(4) patriation process;
(5) federal-provincial agreements;
(6) Supreme Court;
(7) Senate representation.

The Premiers responded on October 14, 1976, indicating the following:

—all provinces agreed with the objective of patriation;
—eight provinces agreed with the amending formula being proposed (i.e. that which was drafted and agreed to by all 10 provinces in 1971 in Victoria);
—patriation would not be agreed to, however, ***unless*** "accompanied by the expansion of provincial jurisdiction and involvement in certain areas", i.e.:

(1) A greater degree of provincial involvement in immigration;
(2) A strengthening of jurisdiction over taxation in the areas of primary production from lands, mines, minerals and forests;
(3) A provision that the declaratory powers of the federal government to declare a particular work for the general advantage of Canada would only be exercised when the province affected concurred;
(4) That a conference composed of the eleven First Ministers of Canada should be held at least once a year as a constitutional requirement;
(5) That the creation of new provinces should be subject to any amending formula consensus;
(6) A new concurrent power with respect to culture;
(7) Greater provincial control over communications;
(8) A greater role for the provinces in the appointment of Supreme Court judges than provided for in the draft;
(9) Limitations on the exercise of the federal spending power.

1978-1979

Another initiative was started in October 1978, following the introduction into Parliament in June of that year of a Constitutional Amendment Bill (Bill C-60 of session 1977-78). The subjects dealt with this time included:

(1) fundamental rights, including official languages and language rights;
(2) equalization and regional disparities;
(3) amending procedure;
(4) patriation process;
(5) Supreme Court;
(6) Senate;
(7) indirect taxation;
(8) the federal spending power;
(9) limitations on the federal declaratory power;
(10) communications;
(11) family law;
(12) resource ownership and interprovincial trade;
(13) ownership of and jurisdiction over offshore resources;
(14) fisheries jurisdiction;
(15) the monarchy.

Agreement by all governments was limited. It was agreed that no changes should be made in the monarchy and that that item should be dropped. It was agreed that additional legislative authority allowing the provinces to levy indirect taxation was not necessary and, therefore, that item should be dropped as well. There was agreement on the family law proposals and almost unanimous agreement on those relating to regional disparities and communications.

June 1980—September 1980

The process of constitutional discussion was reactivated in June 1980, when Prime Minister Trudeau again suggested to the provincial Premiers that an attempt should be made to reach agreement so that the Constitution could be "brought home". The agenda items this time included:

(1) fundamental rights, including official languages and language rights;
(2) equalization and regional disparities;
(3) amending formula (and the patriation process);
(4) Supreme Court;
(5) Senate reform;
(6) communications;
(7) family law;
(8) resource ownership and interprovincial trade;

(9) offshore resources;
(10) fisheries;
(11) statement of principles of the federation/preamble;
(12) powers over the economy—economic union.

Despite intensive and almost continuous negotiations over the course of the summer of 1980 involving two first ministers' meetings, four ministerial meetings and innumerable meetings of officials, unanimous agreement was not reached on any item. Even that which had previously been agreed to in the family law area—increased provincial jurisdiction—did not this time receive unanimous provincial consent.

- NOTES -

- NOTES -

Le rôle du Royaume-Uni dans la modification de la Constitution canadienne

Canada

Le rôle du Royaume-Uni

dans la

modification de la Constitution du Canada

Texte documentaire
publié par le Gouvernement du Canada

Jean Chrétien
Ministre de la Justice du Canada
Mars 1981

AVANT-PROPOS

Alors même que se poursuit le débat sur le projet de résolution invitant le Parlement du Royaume-Uni à adopter le projet de *Loi sur le Canada* et son annexe, la *Loi constitutionnelle de 1981*, le Parlement du Canada, tout comme les Canadiens en général, porte une attention de plus en plus grande au rôle du Royaume-Uni dans la Constitution du Canada. C'est ainsi que la parution récente du rapport du Comité des Affaires étrangères de la Chambre des communes, mieux connu sous le nom de «rapport Kershaw», intitulé (traduction) «Les Actes de l'Amérique du Nord britannique : rôle du Parlement», a suscité chez nous un vif intérêt.

Il est à espérer, dans ce contexte, que le présent exposé permettra, tant aux sénateurs et aux députés qu'à l'ensemble de nos concitoyens, de mieux apprécier les attributions respectives dévolues, à l'occasion de l'importante démarche que nous avons entreprise, au Parlement et au gouvernement des deux pays en cause, membres souverains du Commonwealth.

Jean Chrétien
Ministre de la Justice du Canada
Mars 1981

Pour obtenir d'autres exemplaires de ce document, écrire à :

Publications Canada
Case postale 1986, succursale B
Ottawa (Canada)
K1P 6G6

TABLE DES MATIÈRES

PARAGRAPHE

Introduction

Le rapatriement et la modification de la Constitution du Canada 1-2
Le rôle du Royaume-Uni 3-8
Résumé des conclusions 9

La position du Canada

L'indépendance du Canada 10
Les liens juridiques avec le Royaume-Uni 11-12
Le rôle du Royaume-Uni est déterminé par convention 13-17
La convention ne s'applique qu'aux demandes fédérales 18
Le *Statut de Westminster* : maintien du *statu quo* constitutionnel 19-22
Les modifications : observation constante de la convention 23-29
Motif de la convention : le principe de la responsabilité du gouvernement 30
La recherche d'une procédure de modification : une impasse de 54 ans 31
La nécessité d'une solution 32-35
Les mesures proposées en matière de rapatriement 36-45
Rejet d'un recours provincial 46-48

Le rapport Kershaw

Considérations générales 49-50
Insuffisance des éléments d'appréciation 51-54
La position du comité Kershaw : 55-56
A. Le rôle des autorités britanniques 57-62
B. Constitutionnalité du projet canadien 63-71
C. Circonstances justifiant que les autorités britanniques accèdent à la demande canadienne 72-76
D. Incidences sur la souveraineté et l'indépendance du Canada 77-80
Conclusions 81-82

ANNEXES

ALINÉA

Annexe A — Modifications constitutionnelles touchant les intérêts des provinces

1871	1-2
1886	3
1907	4
1915	5-7
1930	8-10
1931	11-13
1940	14-16
1943	17-19
1946	20
1949	21-24
1949 (No 2)	25-26
1951	27
1960	28
1964	29

Annexe B — Recherche infructueuse d'une procédure de modification

Annexe C — Délibérations sur le fond des réformes constitutionnelles : 1967-1980

INTRODUCTION

Le rapatriement et la modification de la Constitution du Canada

1. Le Canada est un État souverain. En raison de ses origines coloniales, ce sont des lois britanniques qui constituent les textes fondamentaux de sa Constitution. Aujourd'hui encore, ces lois ne peuvent, sans le concours du Parlement du Royaume-Uni, faire l'objet de modifications importantes. Cette situation anachronique, incompatible avec le statut d'un État pleinement indépendant au sein de la collectivité mondiale, entraîne également des inconvénients pour les autorités britanniques lorsqu'elles sont invitées à sanctionner des modifications de la Constitution du Canada.

2. Pour mettre fin à cette situation inacceptable, le gouvernement du Canada et ceux des provinces ont vainement tenté, au cours des 54 dernières années, de convenir d'un moyen juridique qui permette le rapatriement de la Constitution et l'établissement d'une procédure de modification proprement canadienne. Devant cet échec prolongé, qui entrave les importantes révisions que l'on souhaite apporter à la Constitution, le gouvernement du Canada a proposé au Parlement des mesures destinées à supprimer l'impasse,[1] grâce au rapatriement de notre loi fondamentale, à une procédure de modification et à d'autres réformes qui sont depuis longtemps l'objet de délibérations. Il n'y aura donc plus besoin de faire intervenir le Royaume-Uni pour modifier la Constitution du Canada, mais seulement de recourir une dernière fois à la collaboration de son Parlement.

Le rôle du Royaume-Uni

3. Une convention de la plus haute importance régit le rôle des autorités du Royaume-Uni en la matière. Cette convention comporte deux volets :

a) seuls le gouvernement et le Parlement du Canada peuvent demander au Parlement du Royaume-Uni d'exercer le pouvoir légal de modifier la Constitution du Canada;
b) dans tous les cas où le Parlement du Royaume-Uni est saisi d'une demande en ce sens, il y acquiesce.

Cette convention, qui régit de longue date les relations entre le Royaume-Uni et le Canada, a toujours été respectée.

4. Des adversaires du projet actuel de rapatriement prétendent que les autorités britanniques ont non seulement le pouvoir légal de modifier la Constitution du Canada, mais aussi la faculté de décider, sur le plan politique, comment et en quelles circonstances doit s'exercer ce pouvoir légal. Cette fausse idée a été malheureusement acceptée par le Comité des

[1] Voir: *Procès-verbal des délibérations du Comité mixte spécial de la Constitution du Canada (Sénat et Chambre des communes)*, Ottawa, le 13 février 1981.

Affaires étrangères (le comité Kershaw) de la Chambre des communes du Royaume-Uni dans son rapport au Parlement du Royaume-Uni concernant le projet de rapatriement[2].

5. Le comité Kershaw a présenté au Parlement britannique l'avis suivant :

a) (Traduction) «Le rôle fondamental du Parlement du Royaume-Uni en l'espèce est de décider si une demande reflète ou non le vœu clairement exprimé par le Canada dans son ensemble, compte tenu du caractère fédéral du système constitutionnel canadien.»[3]

b) (Traduction) «Dans le cas où la modification demandée touche directement la structure fédérale canadienne et où le gouvernement ou le Parlement du Royaume-Uni est officiellement informé de l'opposition des gouvernements provinciaux et de leur législature, le Parlement du Royaume-Uni est tenu de décider, d'une manière aussi judicieuse que possible, si la demande exprime, compte tenu de tous les éléments de la situation, le vœu clairement exprimé par l'ensemble du Canada considéré dans sa structure fédérale.»[4]

c) A cette fin, il faut prendre en considération (traduction) «la procédure de modification (ayant, après le rapatriement, un effet analogue sur la structure fédérale) qui, parmi celles proposées par les autorités canadiennes, comporterait les conditions les moins exigeantes pour être agréée par les provinces.»[5]

d) Par ailleurs, (traduction) «il conviendrait peut-être que le Parlement du Royaume-Uni acquiesce» sans l'agrément des provinces à une demande de rapatriement assortie d'une procédure de modification si cette demande était modifiée de façon importante sur des points précisés par le comité.[6]

6. L'avis du comité ne tient pas compte de la convention selon laquelle les autorités du Royaume-Uni n'ont pas à exercer leur faculté de décision lorsque le gouvernement et le Parlement du Canada leur demandent de modifier la Constitution du Canada. Il suppose en outre que ces autorités pourraient, par l'exercice de cette faculté, s'ingérer dans la conduite des affaires politiques et constitutionnelles du Canada. Or, c'est aux seules autorités canadiennes que l'électorat du Canada a confié ce mandat. Cette façon de procéder serait sans précédent dans l'histoire des relations entre les deux pays.

---

[2] *The British North America Acts: The Role of Parliament; House of Commons, First Report of Foreign Affairs Committee*, 1980-81, 30 janvier 1981 (ci-après appelé *Rapport Kershaw*).
[3] Par. 14(8), fondé sur les par. 107 et 111.
[4] Par. 14(9), fondé sur le par. 114.
[5] Par. 14(10), fondé sur le par. 114.
[6] Par. 115.

7. Suivre l'avis du comité Kershaw serait lourd de conséquences : l'impasse constitutionnelle que le Canada connaît déjà depuis trop longtemps serait indéfiniment prolongée; les rapports cordiaux qu'entretiennent le Canada et le Royaume-Uni se tendraient et l'avenir des relations au sein du Commonwealth pourrait être fortement compromis.

8. En conséquence, il s'impose que le gouvernement du Canada fasse officiellement connaître sa position, indique à quels égards il estime erroné le *rapport Kershaw* et explique la gravité de la situation qui résulterait de l'observation de l'avis du comité.

Résumé des conclusions

9. Il semble opportun de résumer dès maintenant les principales conclusions du présent exposé.

a) Il faut rapatrier la Constitution du Canada; il faut aussi établir, pour l'avenir, une procédure de modification constitutionnelle exclusivement canadienne (paragraphes 31-35).

b) Aux mesures de rapatriement et de modification doivent s'ajouter certaines améliorations constitutionnelles fondamentales : une Charte des droits et libertés, un nouveau pouvoir dévolu aux provinces de légiférer en matière de ressources naturelles et un engagement relatif à l'égalité des chances économiques dans tout le Canada (paragraphes 32-44).

c) Les réformes constitutionnelles que propose le gouvernement du Canada ont été longuement mûries. Elles ont fait l'objet de nombreuses consultations et discussions tant de la part du gouvernement fédéral et de celui des provinces que d'importantes fractions de la population canadienne (paragraphes 31 et 40-41).

d) Les modifications n'ont pas pour effet de transférer au gouvernement fédéral des droits et pouvoirs qui appartiennent actuellement aux provinces. Si elles touchent à la structure fédérale du pays et aux relations fédérales-provinciales, c'est seulement en vue *d'accroître* le pouvoir législatif des provinces en matière de ressources naturelles et de leur reconnaître, pour la première fois, un rôle juridiquement garanti dans la procédure de modification (paragraphes 43-44).

e) En raison de la nature particulière de la Constitution canadienne, le Parlement du Royaume-Uni est tenu de sanctionner par une loi les modifications proposées. Cela fait, il ne sera plus nécessaire de recourir à cette procédure anachronique pour les modifications ultérieures (paragraphes 11-12 et 36).

f) Il n'existe aucun principe constitutionnel fondé soit sur les conventions, soit sur la nature du fédéralisme, soit sur quoi que ce

soit d'autre, qui puisse exiger que le gouvernement et le Parlement du Canada doivent obtenir le consentement des provinces pour des modifications de l'ordre de celles qui sont actuellement proposées (paragraphes 63-71).

g) Selon une convention bien établie, ce n'est que conformément aux vœux du gouvernement et du Parlement du Canada que le Parlement du Royaume-Uni exerce son pouvoir de modifier la Constitution du Canada. Les autorités du Royaume-Uni ont *toujours* respecté cette convention, par laquelle les Canadiens sont effectivement maîtres de leur Constitution. Les autorités britanniques ne sauraient être responsables de la Constitution du Canada puisqu'elles n'en ont pas reçu le mandat de l'électorat canadien (paragraphes 13-17 et 57-62).

h) Rien dans l'ensemble des mesures de rapatriement proposées ne saurait justifier qu'en l'occurrence on déroge à la convention (paragraphe 45).

i) L'inobservation de la convention risquerait d'entraîner de graves tensions dans les relations canado-britanniques et dans les relations entre les pays du Commonwealth (paragraphes 50 et 81-82).

La position du Canada

L'indépendance du Canada

10. Le Canada est en fait, sinon en droit, un État totalement indépendant formé d'anciennes colonies et territoires britanniques. L'*Acte de l'Amérique du Nord britannique, 1867*,[7] qui l'a constitué en État, n'a pas, toutefois, entièrement mis fin à son statut de colonie. Notre pays a cependant rapidement progressé, par la suite, vers une indépendance complète effective, obtenue à la fin de la Première Guerre mondiale. Cette situation de fait fut officiellement confirmée, à l'échelle internationale, par la *déclaration Balfour* de 1926, par laquelle les délégués du gouvernement du Royaume-Uni, de concert avec ceux des gouvernements de plusieurs dominions, proclamaient conjointement que le Royaume-Uni et les dominions étaient des États (traduction) «autonomes» et (traduction) «jouissant d'un statut égal, n'étant en aucune manière subordonnés les uns aux autres, ni dans leurs affaires internes, ni dans leurs relations extérieures, quoique restant unis par une allégeance commune à la Couronne...».[8]

Les liens juridiques avec le Royaume-Uni

11. Les Canadiens sont fiers du fait que leur Constitution, contrairement à bien d'autres, soit née et ait toujours évolué dans la légalité. Elle n'est pas le produit d'une révolution armée, comme c'est le cas par exemple de la Constitution des États-Unis. Elle est, au contraire, l'aboutissement d'une transmission légalement consentie par le Parlement du Royaume-Uni. Chaque étape de cette transmission, depuis l'époque où le pays était encore une colonie jusqu'à celle où il a acquis sa pleine souveraineté dans le concert des nations, a été caractérisée par une observation scrupuleuse du principe de la primauté du droit.

12. A l'époque de la *déclaration Balfour* de 1926, le Parlement et le gouvernement du Royaume-Uni conservaient encore — reliquat du statut colonial du Canada — de vastes pouvoirs juridiques sur le pays et sa Constitution. La *déclaration* n'avait pas modifié cette situation sur le plan juridique, puisqu'elle n'était qu'un document politique dont l'objet était simplement de constater expressément l'indépendance que les dominions avaient déjà acquise en fait, sinon en droit. Il fallait une loi du Parlement du Royaume-Uni pour changer la situation.

Le rôle du Royaume-Uni est déterminé par convention

13. Ce paradoxe apparent de l'indépendance de fait et de la dépendance de droit fut résolu grâce à un instrument constitutionnel que la tradition

[7] 30 et 31 Victoria, c. 3 (Royaume-Uni).
[8] *Report of Inter-Imperial Relations Committee of Imperial Conference*, 1926.

britannique a façonné et perfectionné au cours des ans : la limitation du pouvoir juridique par l'usage ou la convention politique. Selon la pratique constitutionnelle du Royaume-Uni et du Commonwealth, il est courant, pour une personnalité officielle ou pour un organisme public investi d'un certain pouvoir conféré par la loi, de ne l'exercer que selon les vœux d'un autre organisme dont la compétence n'est pas sanctionnée par un texte de loi, mais qui possède un mandat conféré par l'électorat concerné. Ainsi, la Reine au Royaume-Uni ou le gouverneur général au Canada ont un droit de veto absolu sur toute loi proposée par le Parlement britannique ou canadien. Ils peuvent en effet accorder ou refuser la sanction royale. En réalité toutefois, ce droit n'est exercé que sur l'avis du Premier ministre et du cabinet au pouvoir. Cette séparation du pouvoir juridique et du pouvoir démocratique et l'équilibre qui existe entre eux ont permis aux constitutions issues du modèle britannique d'évoluer avec le temps. C'est là un des traits les plus caractéristiques et les plus utiles de la doctrine constitutionnelle britannique.

14. Cette doctrine, fidèlement suivie depuis les toutes premières années de l'indépendance du Canada, a pour finalité de résoudre les risques de différends dus au fait qu'un État souverain continue de détenir d'importants pouvoirs juridiques sur un autre État souverain. Elle a été complétée par une convention constitutionnelle aux termes de laquelle les autorités britanniques n'exercent le reliquat de leurs pouvoirs juridiques sur le Canada et les affaires canadiennes qu'en conformité avec la volonté des autorités canadiennes, c'est-à-dire du gouvernement et du Parlement du Canada, véritables responsables des affaires canadiennes.

15. Le fait que cette convention régissait pleinement la modification de la Constitution du Canada longtemps avant la *déclaration Balfour* fut démontré par la procédure d'adoption de l'*Acte de l'Amérique du Nord britannique, 1915*.[9] Cette loi modifiait l'*AANB* quant au nombre et à la répartition des sénateurs et fixait le nombre minimal de députés qu'une province doit avoir à la Chambre des communes. Ces questions, qui intéressaient au premier chef les provinces, avaient fait l'objet d'une conférence infructueuse des premiers ministres provinciaux. Le gouvernement du Canada ne consulta pas les provinces avant de proposer au Sénat et à la Chambre des communes une résolution portant sur cette modification. Un amendement proposé par le gouvernement de la Colombie-Britannique fut incorporé à la résolution, alors qu'une objection soulevée par le gouvernement de l'Île-du-Prince-Édouard fut rejetée. La résolution portant adresse commune à Sa Majesté pour demander la modification fut adoptée par le Sénat et la Chambre des communes, bien que les deux chambres eussent préféré une

[9] 5 et 6 George V, c. 45 (Royaume-Uni) (Pour de plus amples renseignements, voir l'annexe A.)

consultation préalable des provinces. Fut rejetée à cet égard une motion mise aux voix au Sénat et proposant cette consultation.[10] Le Parlement du Royaume-Uni, passant outre à la controverse relative à la résolution, adopta la modification selon le libellé du projet de loi contenu dans l'adresse.

16. La modification de 1915 fut la dernière modification contestée antérieure à la *déclaration Balfour*. S'il en est fait mention, c'est qu'elle met en évidence l'attitude des parlementaires du Royaume-Uni bien avant la reconnaissance formelle, par la Grande-Bretagne, de l'indépendance des dominions. Les parlementaires avaient adopté une consigne de non-ingérence dans les affaires politiques et constitutionnelles du Canada. Ils s'en tenaient à cette consigne même dans les situations où une modification que demandaient les autorités fédérales portait nettement atteinte aux intérêts des provinces, faisait l'objet de l'opposition publique de celles-ci et amenait des parlementaires canadiens à réclamer qu'elles soient consultées. Il ne s'agit d'ailleurs pas d'un cas isolé. La modification de 1907, dont il sera question plus loin,[11] en fournit une preuve plus ancienne encore.

17. La convention de non-ingérence des Britanniques dans l'administration des *autres* affaires canadiennes n'était pas fermement établie avant la *déclaration Balfour*. Elle l'était par contre à l'égard d'importantes questions *constitutionnelles*. En effet, dès 1868, les autorités britanniques rejetaient une adresse unanime de l'Assemblée législative de la Nouvelle-Écosse priant la Reine de faire sortir cette province de la Confédération. De même, une motion adoptée à la suite d'une pétition de 36 des 38 députés de l'Assemblée législative de la Nouvelle-Écosse et de 16 des 19 députés de cette province à la Chambre des communes du Canada, demandant au Parlement britannique d'envoyer une commission d'enquête en Nouvelle-Écosse, fut rejetée à une grande majorité par les deux Chambres du Parlement de Londres.[12] Il y avait, semble-t-il, chez les autorités britanniques, une (traduction) «attitude résolue» lorsqu'il s'agissait de rejeter la demande de la Nouvelle-Écosse visant à modifier son statut constitutionnel. On en trouve le motif dans le principe qu'un spécialiste de la question attribue au secrétaire britannique aux colonies, principe selon lequel (traduction) «la province devait s'adresser à Ottawa en cas de griefs.»[13] Le sous-secrétaire aux colonies déclara au Parlement que les autorités britanniques (traduction) «ne devaient pas s'ingérer dans les affaires régionales des provinces d'Amérique du Nord.»[14] Les tentatives provinciales ultérieures visant à obtenir des autorités britanniques la modification de la Constitution canadienne ont toutes connu le même sort.[15]

[10] Voir l'annexe A.
[11] Voir ci-après, par. 59 et suivants.
[12] P. Gérin-Lajoie, *Constitutional Amendment in Canada*, p. 139-40.
[13] *Ibid.*, p. 139.
[14] *Ibid.*, p. 140.
[15] *Ibid.*, p. 140 et suivantes

La convention ne s'applique qu'aux demandes fédérales

18. Soulignons que c'est aux demandes faites par l'instance fédérale, c'est-à-dire par le gouvernement et le Parlement du Canada, que s'applique la convention, les demandes et interventions des autorités provinciales concernant les modifications constitutionnelles ayant toujours été rejetées. La raison en est évidente : dans les relations avec le reste du monde, le seul représentant officiel du Canada est son gouvernement national. Comme le reconnaissait le gouvernement de l'Île-du-Prince-Édouard dans son mémoire au comité Kershaw :

> (Traduction)
> «Des deux ordres de gouvernement, le gouvernement fédéral est celui qui l'emporte sur l'autre. C'est lui qui, dans une large mesure, incarne la nation, surtout à l'extérieur du Canada.»[16]

Le Statut de Westminster : maintien du statu quo constitutionnel

19. Même si l'acceptation de cette convention constitutionnelle évitait les conséquences les plus lourdes du maintien du pouvoir légal britannique sur un Canada indépendant, il demeurait néanmoins souhaitable d'harmoniser le plus tôt possible le droit et la réalité. A cet effet, il y eut une série de conférences qui se termina par le *Statut de Westminster, 1931*[17], lequel consacrait juridiquement l'indépendance déjà reconnue aux dominions par la *déclaration Balfour* en décrétant notamment que le Parlement du Royaume-Uni n'adopterait plus de lois applicables à un dominion sans la demande et le consentement de celui-ci.[18]

20. Il n'était pas possible cependant de mettre un terme à l'autorité du Royaume-Uni sur le Canada, car, à la différence des autres dominions, il n'avait pas ses propres procédures internes de modification de la Constitution. La plupart des dispositions des *Actes de l'Amérique du Nord britannique* ne pouvaient donc continuer à être modifiées que par une loi du Parlement du Royaume-Uni. Certes, des entretiens avaient eu lieu en 1927 entre les gouvernements fédéral et provinciaux en vue de trouver une procédure satisfaisante de modification de la Constitution canadienne, mais aucune entente n'était intervenue. Il avait été reconnu par les participants qu'une procédure normale de modification devait prévoir des consultations avec les provinces et leur accord, ou l'une ou l'autre de ces conditions, mais ils furent incapables de s'entendre sur le degré de cette participation des provinces. Les porte-paroles provinciaux exprimèrent leur inquiétude vis-à-vis du transfert, au Canada, par le *Statut de Westminster*, des pleins

[16] *Representation of the Government of P.E.I. to the Foreign Affairs Committee ... Regarding the British North America Acts*, 28 novembre 1980, p. 3.
[17] 22 George V. c. 4 (Royaume-Uni).
[18] Article 4.

pouvoirs constitutionnels, sans que l'on ait conclu au préalable une entente sur une procédure de modification attribuant un rôle convenable aux provinces. La pratique antérieure des demandes unilatérales de modification émanant du fédéral risquerait dès lors de découler non plus d'une convention, mais bien de la disposition obligatoire d'un texte de loi. On risquait ainsi d'entraver l'éventuelle mise au point d'une procédure de modification comprenant, à un degré satisfaisant, un élément de consultation et d'accord des provinces. C'est pourquoi l'article 7 du *Statut de Westminster* fut rédigé de manière à exclure provisoirement de son champ d'application la modification des *AANB*.[19] Cette exclusion laissait intacte la convention régissant les demandes de modification formulées unilatéralement par le gouvernement fédéral. Autrement dit, comme l'indique le *rapport Kershaw*, elle eut pour effet (traduction) «de maintenir purement et simplement le *statu quo* en ce qui concerne les modifications constitutionnelles».[20]

21. Le «*statu quo*» que maintenait le paragraphe 7(1) du *Statut de Westminster* consistait, comme il a été dit plus haut, pour les autorités britanniques, à ne pas exercer d'attributions politiques mais simplement à faire usage de leurs pouvoirs juridiques de la manière proposée par le gouvernement et le Parlement du Canada, sans chercher à connaître les motifs à l'origine de la demande. Le vicomte Bennett, qui, avant de devenir membre de la Chambre des lords, avait été premier ministre du Canada à l'époque de l'adoption du *Statut de Westminster*, déclarait devant cette chambre, en 1946 (à propos d'une modification à laquelle s'opposait le Québec), que cette pratique était suffisamment bien établie pour conférer, de fait, au fédéral, le pouvoir de modifier la Constitution :

> (Traduction)
> «Ils ne peuvent la modifier directement, mais ils peuvent le faire indirectement, car nous nous sommes engagés à adopter toute loi qu'ils pourraient demander à notre Parlement d'adopter.»[21]

22. En ce qui concerne la participation des provinces à la procédure de modification, le *statu quo* voulait dire qu'elles n'étaient pas toujours consultées et que la décision de présenter ou non une demande de modification appartenait en dernière analyse au gouvernement fédéral seul, qui pouvait ou non tenir compte de leurs objections.

Les modifications : observation constante de la convention

23. L'historique des modifications constitutionnelles canadiennes depuis 1867 prouve très bien l'existence de la situation de *statu quo* qui vient d'être évoquée. Le Parlement du Royaume-Uni a adopté à 21 reprises des mesures

[19] Article 7(1).
[20] Par. 99.
[21] Chambre des lords du Royaume-Uni: *Debates*, 1946, p. 698-99.

législatives modifiant les *AANB*, ou ayant sur eux quelque incidence. Douze de ces modifications furent effectuées soit avant le *Statut de Westminster, 1931*, soit par le *Statut* lui-même, alors que les neuf autres lui sont postérieures. Dans chaque cas, la demande émanait du gouvernement fédéral, toujours (sauf deux exceptions anciennes d'importance secondaire)[22] sous la forme d'une adresse présentée à Sa Majesté par le Sénat et la Chambre des communes. Chaque demande fut agréée telle quelle (sauf certaines modifications de forme apportées à la rédaction). Plusieurs de ces modifications ont influé notablement sur les intérêts des provinces, et certaines modifications furent faites sans qu'elles aient été consultées ou aient donné leur accord, ou même en dépit de l'opposition publique d'une ou de plusieurs provinces. Pourtant, le gouvernement et le Parlement du Royaume-Uni ne se sont jamais préoccupés de savoir s'il y avait eu consultation et accord des provinces et dans quelle mesure.

24. Dans leurs déclarations publiques, les ministres et les parlementaires les plus éminents du Royaume-Uni ont constamment et uniformément confirmé la pratique de la non-intervention des Britanniques dans le fond des modifications constitutionnelles canadiennes. Voici quelques-unes de ces déclarations :

(Traduction)

— Le 10 juillet 1940 — *Débats de la Chambre des communes*, aux pages 1177-81 (objet : l'*AANB, 1940*) :

«*Le solliciteur général (Sir William Jowitt)* : Je propose «Que le projet de loi soit lu une seconde fois . . .»

La Chambre se souviendra que le *Statut de Westminster*, qui reconnaissait formellement que le Dominion du Canada avait déjà obtenu la pleine souveraineté sur ses propres affaires, a préservé expressément les pouvoirs de l'*Acte de l'Amérique du Nord britannique*. Par conséquent, pour rester dans la légalité, il est encore nécessaire, en l'absence d'une meilleure procédure de modification de l'*Acte de l'Amérique du Nord britannique*, que l'accroissement des pouvoirs du Canada soit adopté par notre Parlement. Mais ce dernier, en adoptant cette mesure législative, ne fait que répondre à la volonté du Parlement du Canada, de sorte que la situation juridique est en plein accord avec la position constitutionnelle. En effet, le préambule du présent projet de loi est ainsi conçu :

> «le Sénat et les Communes du Canada, réunis en Parlement, ont présenté une adresse à Sa Majesté demandant humblement que Sa Majesté daigne faire soumettre un projet de loi au Parlement du Royaume-Uni.»

[22] Gérin-Lajoie, note 12 ci-dessus, p. 145-6.

Conformément à ces dispositions, nous répondons par conséquent à la volonté du Parlement du Canada en adoptant cette mesure législative. Je ne crois pas que de plus amples explications soient nécessaires . . .

A mon sens — et il importe de le souligner — ce qui doit amener la Chambre à adopter ce projet de loi n'est pas le fond de la proposition, qui relève de la compétence du Parlement du Canada; en nous en occupant, nous risquerions d'empiéter sur ce que j'estime être la position du Canada en matière constitutionnelle. La seule raison pour laquelle nous devons adopter le projet est qu'en agissant ainsi, nous accomplissons ce que le Parlement du Canada souhaite faire.

Je ne sais pas quelle est l'opinion des Parlements provinciaux, mais je sais cependant que certains d'entre eux ont appuyé le Parlement du Canada lorsque la question a été soumise au Conseil privé. Le projet de loi se justifie suffisamment du fait que nous sommes moralement tenus d'agir parce que le Parlement du Dominion nous prie de le faire, et que nous devons actionner conformément à sa volonté le vieux mécanisme qu'il nous a demandé de conserver.

— Le 22 juillet 1943 — *Débats de la Chambre des communes*, p. 1100-1102 (objet : l'*AANB, 1943*) :

«*Le secrétaire d'État aux affaires des Dominions (M. Attlee)* :

Je propose «Que le projet de loi soit lu une seconde fois . . . » La procédure de modification de l'*Acte de l'Amérique du Nord britannique* reste ce qu'elle était avant le *Statut de Westminster*. On suit depuis plusieurs années cette procédure, qui est déclenchée par une adresse présentée au Roi par les deux Chambres du Parlement du Canada, et c'est ce qui s'est passé dans les circonstances. On m'a dit que l'adresse en question a recueilli la grande majorité des voix des deux Chambres. Les articles du projet de loi suivent pour l'essentiel le texte de l'adresse adoptée par le Parlement du Canada, et les considérants correspondent étroitement à ceux qui ont été approuvés la dernière fois où une mesure législative semblable a été adoptée ici . . .

Je ne sais pas si les provinces se sont opposées mais, quoi qu'il en soit, la question nous est soumise par une adresse votée par les deux Chambres du Parlement, et il nous est difficile d'en demander plus.»

— Le 22 juillet 1946 — *Débats de la Chambre des lords*, p. 698 : (objet : l'*AANB, 1946*) :

«*Le vicomte Bennett* : On a souvent débattu la thèse selon laquelle une modification de la Constitution est une mesure politique. Le Canada est le seul des dominions où le parti au pouvoir peut modifier la Constitution non pas directement certes, mais indirectement, car nous avons convenu d'approuver toute mesure législative qu'il est demandé à notre Parlement d'adopter.»

— Le 2 décembre 1949 — *Débats de la Chambre des communes*, p. 1458-1459 : (objet : l'*AANB (No 2), 1949)* :

«*Le secrétaire d'État aux relations avec le Commonwealth (M. Philip Noel-Baker)* : Je propose «Que le projet de loi soit lu une seconde fois . . .»

Le projet de loi est rédigé selon le texte de l'adresse adoptée par le Parlement du Canada, et naturellement nous sommes tout disposés à faire ce qu'il souhaite. En proposant sa résolution visant l'adresse à Sa Majesté, le premier ministre du Canada a précisé qu'elle traitait des attributions du Canada en sa qualité d'État adulte et souverain parmi les États du monde.»

— Le 30 mai 1951 — *Débats de la Chambre des communes*, p. 225 (objet : l'*AANB, 1951*) :

«*Le secrétaire d'État aux relations avec le Commonwealth (M. Gordon-Walker)* : Je propose «Que le projet de loi soit lu une seconde fois . . .»

Il s'agit réellement d'un projet de loi canadien, ou plutôt d'une loi canadienne, parce que le projet a été adopté par les deux Chambres du Parlement du Canada, et il nous est soumis par souci de respecter les formalités en matière constitutionnelle. Il ne convient donc pas que je me préoccupe du fond du projet . . .»

Le 11 novembre 1960 — *Débats de la Chambre des communes*, p. 1369-1370 (objet : l'*AANB, 1960*) :

«*Le ministre d'État aux relations avec le Commonwealth (M. C. J. M. Alport)* : Je propose «Que le projet de loi soit lu une seconde fois . . .»

A toutes fins utiles, nous agissons à titre officiel pour le gouvernement canadien dans une affaire qui le regarde uniquement. Conformément à une pratique établie depuis longtemps, nous évitons de discuter du fond d'un projet de loi visant à modifier l'*Acte de l'Amérique du Nord britannique* lorsqu'il nous est présenté à la

suite d'adresses à Sa Majesté adoptées par les deux Chambres du Parlement du Canada.»

— Le 25 juillet 1979 — *Débats de la Chambre des lords*, p. 2007 :

«*Lord Trefgarne* («whip» du gouvernement)

Le *Statut de Westminster* réserve au Parlement du Royaume-Uni un rôle de pure forme à l'égard de l'*Acte de l'Amérique du Nord britannique*.

C'est pourquoi je répète à la Chambre que le pouvoir du Parlement du Royaume-Uni sur la Constitution canadienne est strictement limité. Si le Parlement refusait, en dépit de l'usage établi en matière constitutionnelle, d'accéder à une demande du gouvernement canadien, nous risquerions d'être accusés d'ingérence dans la politique nationale du Canada. Même chercher à savoir si une demande de rapatriement de la Constitution a recueilli l'adhésion des Canadiens équivaudrait à mettre en doute la faculté du Parlement ou du gouvernement canadien de faire cette demande. De plus, si le Parlement du Royaume-Uni prétendait légiférer autrement qu'à la demande et avec le consentement du gouvernement canadien, il irait à l'encontre des ententes conclues avec les dominions à la Conférence impériale de 1930 et du *Statut de Westminster, 1931*, que j'ai déjà mentionnés. Seul le gouvernement fédéral peut représenter le Canada dans les relations internationales. Il ne nous appartient pas de juger du bien-fondé de la proposition qui nous est soumise; le gouvernement canadien doit seul en assumer l'entière responsabilité.»

25. De pareilles déclarations ont été répétées si souvent par les représentants du gouvernement britannique, sans soulever la moindre opposition, que l'un des témoins qui ont comparu devant le comité Kershaw, a reconnu, tout en n'étant pas d'accord avec ces déclarations, que les opinions qui y étaient exprimées étaient devenues «un article de foi» (traduction).[23]

26. L'annexe A contient le résumé des quatorze modifications les plus importantes apportées à la Constitution canadienne depuis 1867; elle indique également à quel point ces modifications ont touché aux intérêts des provinces, et dans quelle mesure, le cas échéant, elles ont fait l'objet de consultations avec celles-ci, ont reçu leur accord ou subi leur opposition (les sept autres modifications ne touchent pas de façon importante aux intérêts des provinces). La vue d'ensemble que donne l'annexe A confirme entièrement les précédentes observations. Les quatorze modifications ont eu un effet marquant sur les droits, pouvoirs ou intérêts des provinces. Si certains

[23] Exposé de M. Geoffrey Marshall, p. 3.

de ces effets étaient relativement mineurs, d'autres ont eu ou ont été perçus comme ayant des répercussions considérables sur les relations fédérales-provinciales ou sur les intérêts des provinces. Neuf des quatorze modifications ont été demandées et adoptées sans le consentement des provinces, et la dixième (1960) n'avait recueilli qu'un appui partiel. Seulement quatre modifications ont reçu l'adhésion totale des provinces. Il est encore plus important de souligner que six modifications (1907, 1915, 1943, 1946, 1949, 1949 (No 2) ont été demandées et adoptées en dépit de l'opposition d'une ou de plusieurs provinces. Mais ce qui compte le plus, c'est que le Parlement du Royaume-Uni, à chacune de ces occasions, a adopté sans hésiter les modifications sollicitées par le gouvernement ou le Parlement du Canada, même en présence de l'opposition énergique des provinces.

27. Les deux modifications apportées en 1949 sont probablement les plus remarquables, tant en raison des conséquences qu'elles ont eues (ou qu'on leur a prêtées) sur les intérêts provinciaux que pour l'opposition qu'elles ont suscité de la part des provinces. Il en est discuté dans les paragraphes qui suivent.

28. L'*Acte de l'Amérique du Nord britannique, 1949*[24] faisait de Terre-Neuve la dixième province canadienne. L'adoption de cette loi touchait considérablement et de plusieurs façons aux intérêts des neuf autres provinces, par exemple en réduisant leur représentation proportionnelle au Sénat et à la Chambre des communes et en augmentant les prétentions aux subventions et aux services fournis par le gouvernement fédéral. Le Québec était particulièrement touché, car sa frontière contestée avec le Labrador était confirmée par l'Acte.[25] Cependant, ni le Québec ni aucune des autres provinces existant à l'époque n'avaient été consultées. Le premier ministre du Québec et celui de la Nouvelle-Écosse déclarèrent publiquement que les provinces auraient dû être consultées,[26] mais le Parlement du Royaume-Uni adopta la modification sans se préoccuper de l'absence de participation des provinces.

29. L'*Acte de l'Amérique du Nord britannique (No 2), 1949*[27] accordait au Parlement du Canada le pouvoir de modifier la «Constitution du Canada» sur certains points.[28] Bien que l'on ait soutenu que cette mesure ne visait que les questions relevant de la compétence exclusive du gouvernement fédéral[29], les gouvernements des provinces craignaient sérieusement à l'époque que ce nouveau pouvoir fédéral ne permette au Parlement du Canada de s'ingérer

[24] 12 et 13 George VI, c. 22 (Royaume-Uni).
[25] *Conditions de l'Union*, art. 2.
[26] Gérin-Lajoie, note 12 ci-dessus, p. 129.
[27] 13 George VI, c. 81 (Royaume-Uni).
[28] Article 91(1).
[29] *Renvoi concernant la compétence du Parlement relativement à la Chambre Haute* (1980) 1 R.C.S. 54.

dans des questions ressortissant à la compétence des provinces. La correspondance échangée par le premier ministre du Canada et les premiers ministres provinciaux et déposée à la Chambre des communes du Canada a rendu publique l'opposition acharnée des provinces à cette demande unilatérale de modification émanant du gouvernement fédéral. Le Québec et l'Alberta avaient (traduction) «énergiquement» exigé que les provinces soient consultées.[30] L'Ontario doutait (traduction) «de l'opportunité d'aborder la question séparément, sans tout d'abord tenter de faire l'unanimité», et la Nouvelle-Écosse était du même avis.[31] Le Manitoba ne voulait pas se montrer d'accord avant d'avoir étudié plus attentivement les répercussions possibles sur (traduction) «la position des provinces».[32] Vu le désaccord considérable des provinces, l'Opposition présenta une motion à la Chambre des communes du Canada visant à reporter la demande de modification à une date postérieure à une conférence fédérale-provinciale sur le sujet, mais cette motion fut rejetée, l'adresse commune adoptée et transmise à Westminster. Le Parlement du Royaume-Uni adopta sans délai ni questions la modification demandée.[33]

Motif de la convention : le principe de la responsabilité du gouvernement

30. Il importe de comprendre que si l'on a invariablement respecté l'usage de la non-intervention du gouvernement britannique dans les affaires constitutionnelles canadiennes, ce n'est pas par simple souci du protocole. Cet usage trouve en effet sa source dans l'un des principes fondamentaux des traditions constitutionnelles britanniques : celui de la responsabilité du gouvernement. Les régimes démocratiques comme ceux du Royaume-Uni et du Canada confient les décisions politiques à ceux qui doivent en répondre devant les électeurs, c'est-à-dire devant les personnes qui en fin de compte ont à subir les conséquences de ces décisions. Les autorités gouvernementales du Royaume-Uni n'ont pas de compte à rendre à l'électorat canadien, c'est au gouvernement et au Parlement du Canada de le faire. Le Parlement du Canada représente toutes les régions du Canada; il est entièrement responsable de ses actions devant ceux qui, comme c'est le cas dans toute démocratie, portent en dernier ressort un jugement en matière politique : les citoyens.

Si les autorités britanniques ont toujours respecté la volonté du gouvernement et du Parlement du Canada relativement à la modification de la Constitution canadienne, c'est parce qu'agir autrement aurait nié le principe de la responsabilité gouvernementale.

---

[30] Gérin-Lajoie, note 12 ci-dessus à la p. xvii. Le mot «outspokenly» dans le texte anglais est celui de M. Gérin-Lajoie.
[31] *Ibid.*
[32] *Ibid.*, p. xviii.
[33] On apporta au libellé quelques modifications de moindre importance et de pure forme: *ibid.*, p. xxii.

La recherche d'une procédure de modification : une impasse de 54 ans

31. Depuis 1927, les autorités fédérales et provinciales ont tenté à diverses reprises de convenir d'une procédure de modification entièrement canadienne qui mettrait fin au dernier vestige du pouvoir législatif britannique sur les affaires du Canada. Les discussions visant à une solution se sont poursuivies jusqu'à l'été de 1980. Le rapatriement et la formulation d'une procédure de modification ont fait l'objet de dix grandes consultations entre les autorités fédérales et provinciales : en 1927, 1931, 1935-36, 1950, 1960-61, 1964, 1967-71, 1975-76, 1978-79 et 1980. Le gouvernement fédéral et les gouvernements provinciaux ont discuté de ces questions à l'occasion de treize conférences des premiers ministres, de dix-sept conférences ministérielles et d'innombrables rencontres de fonctionnaires. Ces efforts se sont déployés au cours du mandat de six premiers ministres fédéraux (deux conservateurs et quatre libéraux), et celui de nombreux premiers ministres provinciaux. La formule «Fulton-Favreau» a failli, en 1965, recueillir l'assentiment des provinces, mais le gouvernement du Québec changea d'avis à la dernière minute. En 1971, la «formule de Victoria» parut également faire l'unanimité, mais les choses en sont restées là, les provinces n'ayant pu s'entendre sur les autres aspects de l'ensemble des mesures de modification d'ordre constitutionnel dont faisait partie cette formule. L'annexe B retrace en plus grand détail ces vains efforts.

La nécessité d'une solution

32. L'échec de la conférence de Victoria, en 1971, n'a pas seulement fait obstacle à la recherche d'une procédure de modification satisfaisante, mais encore, elle a réduit à néant les efforts de plusieurs années en vue d'une entente sur la réforme de divers aspects fondamentaux de la Constitution canadienne. Ainsi, on avait longuement discuté de la constitutionnalisation d'une Charte des droits et libertés. On avait recherché la formule permettant à tous les gouvernements de s'engager à réduire les inégalités régionales et à promouvoir l'égalité des chances pour tous les Canadiens. On avait également envisagé de changer la répartition des pouvoirs législatifs entre les provinces et le gouvernement fédéral. Par la suite, les nombreux efforts déployés en vue de s'entendre sur ces points se sont soldés par un échec. A la liste des questions d'ordre constitutionnel déjà débattues et auxquelles il fallait apporter une solution sont venues s'ajouter celles de la propriété et de la gestion des ressources naturelles, de la compétence législative en matière de communications électroniques et du droit de la famille. Et la liste s'allonge toujours. On trouvera à l'annexe C la présentation des projets de révision constitutionnelle qui ont été discutés entre 1967 et 1980.

33. Si l'on passe en revue les tentatives d'entente sur une procédure de modification de la Constitution et sur les changements de fond à y apporter,

on remarque qu'aucun agencement des points à l'ordre du jour, qu'aucun arrangement des questions par ordre de priorité n'ont connu le succès. Comme on le verra à l'annexe B, au cours des six premières tentatives de réforme constitutionnelle (1927 à 1966), il n'a pas été seulement possible de s'accorder sur le rapatriement et sur la procédure de modification. Lorsqu'en 1976, à la huitième tentative, le premier ministre du Canada a proposé essentiellement d'en arriver à un accord sur les mêmes points, les premiers ministres des provinces ont conclu que cela ne pourrait se faire sans l'adoption simultanée d'autres modifications. Par ailleurs, les septième (1967-71), neuvième (1978-79) et dixième (1980) tentatives ont porté sur une révision en profondeur mais se sont également soldées par un échec.

34. Cette incapacité de réaliser une réforme constitutionnelle, même d'importance mineure, par la voie des consultations a servi ceux qui voulaient des changements radicaux. La preuve en a été fournie de façon éclatante en 1976, année où les Québécois ont élu un gouvernement provincial résolu à retirer le Québec de la Confédération. S'il est vrai que ces mêmes électeurs ont rejeté, en 1980, la solution «souveraineté-association,» c'est fort probablement, en partie, dû au fait que les partisans du fédéralisme (dont la plupart des premiers ministres provinciaux) leur avaient donné l'assurance au cours de la campagne référendaire qu'il était possible de réviser la présente Constitution tout en garantissant aux Québécois que l'option du fédéralisme était pour eux une solution permanente avantageuse. Néanmoins, la conférence fédérale-provinciale des premiers ministres de septembre 1980, tenue après le référendum et consécutive à des consultations poussées entre le gouvernement fédéral et les provinces, s'est elle aussi soldée par un échec.

35. Tous les participants à la conférence de septembre 1980 ont tenté sincèrement d'en arriver à un accord et n'ont pas ménagé leurs efforts à cette fin. Les onze premiers ministres s'étaient mis d'accord sur une liste de douze points à négocier, dont certains avaient été proposés par le gouvernement fédéral, d'autres par ceux des provinces. Dans les négociations qui suivirent, le premier ministre du Canada et ceux des provinces tantôt acceptèrent, tantôt rejetèrent telle ou telle de leurs propositions respectives. L'analyse de leur position sur chacune des propositions à l'étude montre clairement qu'aucune d'entre elles ne parvint à faire l'unanimité. Ce désaccord s'explique par diverses raisons, et l'échec de la conférence n'est imputable à personne en particulier. La faute en revient au système même. La réunion des premiers ministres a démontré une fois de plus qu'il est inutile d'espérer la réalisation de réformes de fond en matière constitutionnelle tant qu'une procédure de modification entièrement canadienne n'aura pas été mise en place.

Les mesures proposées en matière de rapatriement

36. A la suite de l'échec de la conférence constitutionnelle de 1980, le gouvernement du Canada a proposé des mesures destinées à sortir de l'impasse. Il s'agissait de demander au Parlement du Royaume-Uni d'exercer une dernière fois son pouvoir de révision pour mettre fin à son autorité sur la Constitution du Canada, adopter une procédure de modification entièrement canadienne et inscrire dans la Constitution deux séries de dispositions fondamentales sur lesquelles les Canadiens s'entendent dans une large mesure : une Charte des droits et libertés et la reconnaissance d'engagements relatifs aux inégalités régionales et à l'égalité des chances pour tous les Canadiens.

37. La procédure de modification est fondée, exception faite de certains changements, sur la formule de Victoria (que les provinces avaient acceptée à l'unanimité en 1971). Elle prévoit également le moyen de lui substituer une formule plus satisfaisante, au cas où l'on parviendrait à en trouver une. La principale différence par rapport à la formule de Victoria porte sur la possibilité de modifier la Constitution par voie de référendum, aussi bien que par l'intervention du Parlement du Canada et des législatures des provinces.[34] Cette procédure n'a rien d'extraordinaire; la Constitution de l'Australie peut aussi être modifiée par voie référendaire.[35] Il ne s'agit pas non plus d'une procédure qui va à l'encontre des intérêts provinciaux, car l'approbation des provinces est du même ordre que celle prévue dans la formule de Victoria, laquelle est beaucoup plus exigeante que ne le sont les dispositions analogues de la Constitution de l'Australie.

38. Fait à noter, la proposition prévoit la possibilité de remplacer la formule de Victoria par une autre procédure de modification si les parties parviennent à s'entendre sur une solution de rechange dans les deux ans qui suivent le rapatriement. Dans ce délai, toute modification constitutionnelle est subordonnée au consentement unanime du fédéral et des provinces[36], et le premier ministre du Canada est tenu de convoquer, au moins une fois l'an, une conférence constitutionnelle.[37] A défaut pour tous les gouvernements concernés de convenir d'une procédure plus satisfaisante, c'est la formule de Victoria qui sera applicable à la fin de cette période transitoire de deux ans. Par contre, si, faute d'accord unanime, sept provinces au moins dont la population confondue représente quatre-vingts pour cent de la population du pays en viennent à s'entendre sur une procédure de remplacement dans le délai prévu, cette procédure pourra être soumise à l'approbation de la population par voie de référendum et, une fois approuvée, remplacera la formule de Victoria modifiée qui est actuellement proposée.[38]

[34] Article 46.
[35] Constitution of Australia, art. 128.
[36] Article 36.
[37] Article 35.
[38] Article 42.

39. La formule de péréquation et la Charte des droits et libertés ont été pendant de nombreuses années l'objet de consultations fédérales-provinciales. La péréquation et la réduction des inégalités économiques régionales sont des objectifs qui ne sont pas fortement contestés au Canada. L'idée d'une Charte canadienne des droits et libertés n'est pas nouvelle et le présent gouvernement du Canada n'est pas le seul à l'avoir promue, car d'autres déclarations des droits sont en vigueur au Canada, dont celle de la Saskatchewan, adoptée dès 1947, et la *Déclaration canadienne des droits*, adoptée par le Parlement en 1960. En outre, dès 1950, la constitutionnalisation d'une déclaration ou d'une charte des droits était proposée par la Saskatchewan lors d'une conférence fédérale-provinciale. Depuis 1968, cette question revient régulièrement dans les discussions fédérales-provinciales. Lors de la conférence constitutionnelle de Victoria en 1971, un accord a été conclu sur un certain nombre de droits (la «Charte de Victoria» n'a toutefois pas été adoptée, mais pour d'autres motifs). Le principe de l'inscription d'une charte des droits dans la Constitution, y compris divers éléments de celle qui est actuellement proposée, a été approuvé par un comité parlementaire mixte en 1972 et 1978, par l'Association canadienne du Barreau en 1977 et, de façon plus détaillée, par son comité de la Constitution, en 1978, ainsi que par le Groupe de travail sur l'unité canadienne, en 1979. Il est évident que la population appuie cette mesure. A titre de porte-parole de l'Opposition officielle, l'honorable Jake Epp déclarait devant le Comité mixte spécial de la Constitution, le 20 janvier 1981 :

> «. . . en soumettant nos projets d'amendement à la résolution du gouvernement, nous le faisons sachant que les Canadiens tiennent à ce que la Constitution soit ramenée au pays. Les Canadiens tiennent également à ce que la Charte des droits et libertés soit enchâssée dans la Constitution».[39]

40. Le projet de rapatriement a été déposé à la Chambre des communes du Canada au mois d'octobre 1980, par voie de résolution portant adresse à Sa Majesté. A la suite des débats de la chambre, un comité mixte spécial du Sénat et de la Chambre des communes était constitué pour en faire un examen approfondi. Ce comité a tenu de très longues séances publiques, qui ont été télévisées et autour desquelles on a fait beaucoup de publicité. A cette occasion, une multitude d'observations écrites et orales ont été présentées par un grand nombre de citoyens et d'organismes canadiens. Au 31 décembre 1980,[40] 962 documents avaient été reçus. Parmi ceux-ci, 639 provenaient de particuliers et 323 de groupes représentant plusieurs milliers d'autres Canadiens. Certains de ces documents n'étaient que des demandes de renseignements ou de comparution devant le comité, mais 572 d'entre

[39] Procès-verbal des délibérations, nº 41, p. 93.
[40] Au 2 fév. 1981, le nombre total des communications écrites était de 1208: *ouv. cit.* note 1 ci-dessus, art. 3.

eux portaient sur le fond de la proposition. Sur ces 572 documents, 409 provenaient de particuliers et 163 d'organismes.[41] Sur ce nombre, 10 particuliers et 94 organismes ont présenté leur point de vue lors de réunions du comité et ont accepté de répondre aux questions de ses membres.[42] Le comité a tenu 106 réunions pendant 56 jours de séance, soit au total 267 heures de séance. Le ministre de la Justice a comparu 39 fois, tandis que le ministre de la Justice par intérim l'a fait 9 fois à sa place. Plus de 90 heures ont été consacrées à l'étude point par point de la proposition.[43] Les organes d'information ont, de leur côté, accordé une attention soutenue aux réunions du comité.

41. A la suite de ces séances, le comité a recommandé de nombreux changements, dont celui de la procédure de modification, le renforcement de la Charte des droits et libertés, la reconnaissance et la confirmation des droits ancestraux et des droits, issus de traités, des peuples autochtones, ainsi que l'adjonction de dispositions détaillées touchant la nature et l'accroissement des pouvoirs des provinces en matière de ressources naturelles. Le rapport du comité[44] fait actuellement l'objet d'une étude approfondie et de nombreux débats au Parlement du Canada. Lorsqu'il sera demandé au Parlement du Royaume-Uni d'adopter l'ensemble des modifications visant le rapatriement, tous les secteurs politiques et socio-professionnels du pays auront été largement consultés et, grâce au jeu de nos institutions politiques, le projet aura fait l'objet d'un mandat démocratique décisif.

42. Bien qu'il n'aborde pas plusieurs des questions de fond dont la procédure de réforme constitutionnelle devra traiter, le projet n'en constitue pas moins un premier pas très important dans cette direction. En effet, il parachèverait essentiellement la transmission au Canada des pouvoirs que possèdent actuellement les autorités britanniques sur sa Constitution et permettrait aux Canadiens de façonner une Constitution qui réponde mieux à leurs aspirations.

43. Une certaine confusion s'est manifestée quant aux conséquences que la proposition pouvait avoir sur la nature fédérale de la Constitution canadienne. Si importante soit-elle, la mesure envisagée ne modifiera pas la structure fédérale de la Constitution canadienne d'une manière susceptible de nuire aux intérêts des provinces. Elle ne nuira pas non plus aux relations fédérales-provinciales et ne transmettra au gouvernement fédéral aucun des pouvoirs ressortissant aux provinces. Il suffit d'examiner brièvement les éléments de la proposition pour se rendre compte qu'elle ne menace en aucune façon le fédéralisme canadien.

---

[41] *Ibid.*, annexe D.
[42] *Ibid.*, annexe B.
[43] *Ibid.*, art. 2.
[44] Note 1, ci-dessus.

a) *Le rapatriement* produira un effet neutre du fait qu'il ne favorisera ni le gouvernement fédéral ni les provinces.

b) *Les procédures de modification* proposées conviennent parfaitement à un régime fédéral, car elles attribuent des rôles importants aux deux ordres de gouvernement en matière de modification. Il est vrai que le gouvernement du Canada pourrait déclencher un référendum en certaines circonstances, mais la Constitution de l'Australie a toujours été considérée comme véritablement «fédérale», bien qu'elle attribue un rôle semblable au gouvernement fédéral de ce pays[45]. Les gouvernements et les législatures des États australiens n'ont en fait aucun rôle à jouer dans la procédure de modification[46]. La présente proposition prévoit que les autorités provinciales du Canada auront un rôle beaucoup plus important à jouer que leurs homologues australiens.

c) La *formule de péréquation* ne compromettra pas l'équilibre fédéral-provincial, puisqu'il doit expressément se réaliser «sous réserve des compétences législatives du Parlement et des législatures.»[47]

d) *La Charte des droits et libertés* n'entraînera pas non plus de déplacement des pouvoirs entre les autorités fédérales et provinciales. Elle imposera certaines restrictions *à la fois* aux autorités fédérales et provinciales, dans le but de protéger certaines libertés et certains droits fondamentaux.

e) De même, *la reconnaissance et la confirmation des droits ancestraux des autochtones et de leurs droits issus de traités* n'auront pour résultat aucun transfert de pouvoirs. Les pouvoirs des gouvernements tant fédéral que provinciaux seront limités afin que soient mieux protégés les droits des autochtones.

44. Le projet ne modifiera l'équilibre actuel entre les gouvernements fédéral et provinciaux qu'à un seul égard, à savoir, *l'accroissement des pouvoirs des provinces* dans les domaines suivants :

a) l'actuel pouvoir que possèdent le gouvernement et le Parlement du Canada de modifier la Constitution du Canada en soumettant une demande à cette fin au Royaume-Uni, sans le consentement des provinces, sera aboli et remplacé par une procédure de modification en vertu de laquelle le consentement des provinces sera légalement nécessaire dans une large mesure;

b) les pouvoirs des provinces en matière de ressources naturelles seront accrus.

---

[45] *Constitution of Australia*, art. 128.

[46] Sauf pour modifier la Constitution des États et pour convenir, aux termes de l'article 51 (XXXVII), d'une délégation de compétence.

[47] Note 1 ci-dessus, art. 34(1).

45. Certains opposants au projet ont laissé entendre que le rapatriement porterait atteinte aux pouvoirs et aux intérêts des provinces, aux relations fédérales-provinciales et à la structure du fédéralisme canadien à un point tel que la convention de non-ingérence britannique quant au bien-fondé d'une modification ne devrait pas être considérée comme applicable en la matière. Tout observateur objectif qui analyserait attentivement les divers éléments du projet en les comparant avec des modifications antérieures devrait plutôt en conclure que ce projet n'a rien de nouveau. Le contenu diffère évidemment des modifications précédentes, mais n'était-ce pas le cas de chacune des autres modifications? Il ne fait aucun doute qu'il s'agit d'une modification importante, mais bien des modifications antérieures étaient aussi très importantes. Pour ce qui est de l'incidence du projet sur le fédéralisme canadien, l'examen objectif de la présente proposition et de celles qui l'ont précédée doit mener aux conclusions suivantes :

a) la proposition ne modifiera en *rien* les pouvoirs et les droits des provinces, les relations fédérales-provinciales, l'équilibre fédéral-provincial ni la structure fédérale du Canada, de sorte qu'il ne sera pas porté atteinte aux intérêts des provinces;
b) les provinces avaient à cet égard beaucoup plus à craindre de certaines modifications antérieures — celles de 1949 par exemple — qu'elles n'ont à craindre de la proposition actuelle.

Il est par conséquent faux de prétendre que le fond de la présente proposition diffère tellement de celui des modifications effectuées dans le passé qu'il y a lieu de passer outre aux usages établis.

Rejet d'un recours provincial

46. Les gouvernements de plusieurs provinces canadiennes se sont opposés à la demande de modification envisagée. Ils soutiennent que cette demande ne devrait pas être faite au Parlement britannique sans l'accord de toutes les provinces. Aux yeux du gouvernement du Canada, bien qu'il soit préférable de consulter les provinces et d'obtenir si possible leur assentiment, aucune disposition constitutionnelle n'impose ces démarches et, par conséquent, lorsque des consultations prolongées ont, comme en l'occurrence, connu l'échec, agir sans plus tarder se justifie pleinement.

47. Les provinces en désaccord ont fait appel aux tribunaux de trois provinces. Le 3 février 1981, la Cour d'appel du Manitoba, qui a été la première saisie de l'affaire, rejetait par décision majoritaire la thèse selon laquelle les demandes de modification ne peuvent se faire sans l'accord des provinces et confirmait la position du gouvernement fédéral, à savoir que le Sénat et la Chambre des communes ont la faculté légale et constitutionnelle

de demander au Parlement britannique le rapatriement de la Constitution du Canada sans consulter davantage les provinces.[48]

48. La décision de la Cour d'appel du Manitoba n'a été rendue que quelques jours après la publication du *rapport Kershaw* au Royaume-Uni. Nous passerons maintenant à l'étude de ce *rapport*.

---

[48] *Patriation Reference*, C. d'a. Man. 3 fév. 1981.

Le rapport Kershaw

Considérations générales

49. Le *rapport* du comité Kershaw présenté à la Chambre des communes du Royaume-Uni le 30 janvier 1981 est un long document qui atteste du sérieux et de la diligence avec lesquels les membres du comité se sont penchés sur la tâche qu'ils s'étaient imposée. Bien des éléments du *rapport* concordent entièrement avec la position, exposée plus haut, du gouvernement canadien. Par exemple, il y est reconnu ce qui suit :

a) (Traduction) «L'indépendance du Canada est complète en tant que pays souverain, sur les plans juridique et politique, à l'échelle internationale.»[49]

b) (Traduction) «Le Parlement du Royaume-Uni aurait nettement tort de délibérer sur l'opportunité des modifications demandées ou des méthodes de rapatriement, ou des conséquences de ces modifications pour le bien-être du Canada, de l'une ou l'autre de ses collectivités ou de ses peuples.»[50]

c) Une décision du Parlement du Royaume-Uni visant à mettre fin à son pouvoir légal de légiférer pour le Canada, sans créer une procédure de modification postérieure au rapatriement, ou visant à ne plus accepter de modifier la Constitution canadienne (traduction) «équivaudrait à une ingérence flagrante dans les affaires internes du Canada et à une atteinte grave aux relations entre le Royaume-Uni et le Canada.»[51]

d) (Traduction) «Il serait inconstitutionnel pour le Parlement du Royaume-Uni, si on lui demandait de procéder au rapatriement de l'*Acte de l'Amérique du Nord britannique* ainsi qu'à l'adoption de la nouvelle Charte des droits, de n'adopter qu'une partie de l'ensemble des mesures demandées (par exemple, le rapatriement seul ou avec une partie seulement de la Charte des droits). Cette façon de procéder équivaudrait à adopter pour le Canada une loi qu'il n'a pas demandée et à laquelle il n'a pas consenti.»[52]

e) (Traduction) «Il n'y a pas de règle, de principe ou de convention selon lesquels le Parlement du Royaume-Uni, si on lui demande d'adopter des modifications constitutionnelles portant directement atteinte aux relations fédérales-provinciales canadiennes, ne devrait faire droit à cette demande que si toutes les provinces directement visées y consentent.»[53]

---

[49] Par. 85.
[50] Par. 113 et 118.
[51] Par. 120.
[52] Par. 122.
[53] Par. 14(7).

f) (Traduction) «Il ne fait aucun doute que si une demande du gouvernement et du Parlement du Canada est légitime, il incombe au gouvernement et au Parlement du Royaume-Uni d'assurer l'adoption de la demande avec toute l'urgence ou l'empressement que le gouvernement canadien peut raisonnablement souhaiter.»[54]

50. Malheureusement, à plusieurs égards, les opinions exprimées par le comité Kershaw fournissent une interprétation nettement fausse tant de la situation constitutionnelle interne du Canada que de la nature fondamentale des rapports entre le Canada et le Royaume-Uni. En s'appuyant sur ces malentendus, le comité a donné des avis au Parlement du Royaume-Uni qui, s'ils étaient suivis, prolongeraient indéfiniment l'impasse constitutionnelle au Canada et mettraient sérieusement en danger les relations entre les deux pays. La source de ces regrettables malentendus sera examinée dans les paragraphes qui vont suivre.

Insuffisance des éléments d'appréciation

51. On peut aider le lecteur à comprendre les erreurs qui ont été commises en soulignant au départ que la tâche entreprise par le comité comportait un examen détaillé de questions complexes de droit, d'histoire et de pratique constitutionnelle du Canada, sujets qui, on peut fort bien le comprendre, débordaient l'expérience personnelle de ses membres. Afin de combler cette grave lacune, le comité a dû s'appuyer sur les thèses qui lui étaient présentées; malheureusement, ces thèses ne donnaient pas, dans l'ensemble, un aperçu pondéré de la question.

52. Le comité a reçu des exposés du gouvernement de plusieurs des provinces qui s'opposent à la modification proposée, ainsi que de trois juristes britanniques. Deux de ces derniers ont indiqué que, même s'ils exprimaient un point de vue personnel, ils avaient été consultés par des gouvernements provinciaux. Par ailleurs, aucun d'entre eux ne s'est prétendu expert en matière de Constitution canadienne. L'avis de ces trois universitaires britanniques, qui a reçu une attention considérable de la part de la presse, semble avoir eu une grande influence sur le comité, sans doute du fait qu'ils ont eux-mêmes comparu devant lui.

53. Le gouvernement du Canada n'a pas présenté d'observations au comité. En effet, il n'aurait pas été convenable pour le pouvoir exécutif d'une nation de donner des conseils à un comité parlementaire d'une autre nation. Le comité a reçu, du *Foreign and Commonwealth Office* de Londres, un compte rendu donnant uniquement l'historique des faits, document où il n'est nullement pris position sur les questions litigieuses, et il a eu accès aux

[54] Par. 57.

factums déposés à la Cour d'appel du Manitoba, de même qu'à un historique préparé à d'autres fins par le ministère des Affaires extérieures du Canada. Toutefois, ces documents n'ont pas contrebalancé le caractère nettement provincialiste des éléments d'appréciation présentés au comité, notamment par les universitaires britanniques mentionnés plus haut. C'est bien regrettable, car bon nombre des thèses ainsi exposées comportaient des illogismes et des erreurs de fait.

54. A la question d'un journaliste canadien sur l'absence d'éléments objectifs fournis par des experts canadiens, le président du comité aurait répondu:

> (Traduction)
> «On accusait déjà le comité de s'immiscer dans les affaires canadiennes, et on lui aurait reproché encore davantage d'avoir invité des témoins canadiens à comparaître.»[55]

Cette déclaration éclaire le dilemme où se trouvait le comité Kershaw en entreprenant d'examiner la proposition de rapatriement : en étudiant en profondeur des questions de droit et de pratique canadienne, il s'exposait à être accusé d'immixtion; en faisant des recommandations susceptibles d'influer sur l'avenir constitutionnel du Canada, sans procéder à cette étude, comme il a choisi de le faire, il s'exposait à des risques encore plus grands.

La position du comité Kershaw

55. La position adoptée par le comité Kershaw peut se résumer ainsi :

A. *Les autorités britanniques continuent de détenir une responsabilité non seulement d'ordre juridique, mais aussi d'ordre véritablement politique, relativement à la Constitution canadienne. Cela leur permet de refuser la modification constitutionnelle que demande le Parlement du Canada, si elles jugent que la demande contrevient à un principe fondamental (traduction) («à une position constitutionnelle établie») de la Constitution canadienne.*[56]

B. *L'adoption par le Parlement britannique du projet de rapatriement que demande le Parlement du Canada contreviendrait à un principe fondamental (traduction) («à une position constitutionnelle établie») de la Constitution canadienne si (traduction) «elle ne faisait pas, à un niveau suffisant et selon une répartition convenable, l'objet de l'accord des provinces» en vue de (traduction) «transmettre les vœux explicites du Canada à titre d'entité possédant une structure fédérale.»*[57]

---

[55] Toronto *Globe and Mail*, édition nationale, 6 fév. 1981, p. 1.
[56] Par. 14(5) et 84.
[57] Par. 14(10).

C. *Le Parlement du Royaume-Uni serait fondé à adopter une mesure de rapatriement demandée par le Parlement du Canada si :*

(i) *ou bien elle avait l'accord des gouvernements, des assemblées législatives ou des électeurs du Québec, de l'Ontario et des provinces où résident 50 p. 100 de la population de l'Ouest et 50 p. 100 de celle de la région de l'Atlantique,*[58]

(ii) *ou bien certains aspects particuliers du fond de la proposition actuelle étaient modifiés.*[59]

D. *Un tel refus, par le Parlement du Royaume-Uni, (traduction) «ne constituerait pas une ingérence dans les affaires internes du Canada».*[60]

56. Les arguments, tout comme les chaînes, ne sont pas plus forts que le plus faible de leurs maillons. S'il est possible de démontrer le caractère erroné de l'un des éléments de l'argumentation, la conclusion s'effondre. Le raisonnement du *rapport Kershaw* souffre de plusieurs de ces graves défauts. Effectivement, il est possible de démontrer que la plupart des éléments de son argumentation sont faux. Les alinéas suivants traitent de ces arguments dans l'ordre établi ci-dessus.

A. Le rôle des autorités britanniques

57. Le raisonnement sur lequel se fonde l'idée que les autorités britanniques conservent, sur la Constitution canadienne, un véritable droit de regard, semble être le suivant :

a) L'objet de l'article 7(1) du *Statut de Westminster, 1931* était de conserver le *statu quo* en ce qui a trait à la modification de la Constitution canadienne.

b) Par le *statu quo*, le Parlement britannique avait la faculté de protéger les principes fondamentaux (traduction) («la position constitutionnelle établie») de la Constitution canadienne.

c) Rien, depuis 1931 — ni les modifications contestées de 1943, 1946 et 1949, ni les déclarations publiques, fréquentes et cohérentes, de non-ingérence dans les affaires canadiennes, qu'ont faites au cours des ans les représentants du gouvernement britannique — n'a modifié cette situation.

58. La prémisse de cet argument est juste : l'article 7(1) du *Statut de Westminster* était destiné à préserver le *statu quo* en ce qui a trait aux modifications constitutionnelles. Toutefois, c'est une erreur que de laisser entendre que le *statu quo* comportait l'ingérence politique du gouvernement britannique dans le fond des modifications constitutionnelles canadiennes.[61]

[58] Par. 14(10) et 114.
[59] Par. 115.
[60] Par. 96.
[61] Voir ci-dessus, par. 23 et suivants.

59. L'élément le plus important qu'offre le comité Kershaw pour étayer la thèse selon laquelle les autorités britanniques auraient continué d'exercer un pouvoir politique en cette matière est le mode d'adoption de la modification de 1907. Cette modification portait sur le montant des subventions versées par le gouvernement du Canada aux provinces. Le gouvernement de la Colombie-Britannique n'était pas d'accord avec la modification proposée par le Parlement du Canada, au motif que les subventions en cause n'étaient pas suffisantes. Cette province fit des démarches énergiques auprès de Westminster (les autorités fédérales ayant permis qu'une délégation provinciale se rende au Royaume-Uni à cette fin). Par la suite, on modifia légèrement le texte (avec l'accord du gouvernement du Canada), afin d'en retrancher les mots «final and unalterable» (définitif et irrévocable). On veut parfois laisser croire que ce changement était fondé sur les objections de la Colombie-Britannique. En fait, la modification demandée par le gouvernement fédéral a été adoptée quant au fond par le Parlement du Royaume-Uni malgré les objections de la Colombie-Britannique et la modification apportée au texte l'a été, comme l'admet le *rapport Kershaw*, à cause (traduction) «de l'opinion d'un rédacteur parlementaire selon qui il était inopportun, pour la forme», d'utiliser certaines expressions dans cette mesure législative.[62] L'affaire de 1907 aurait dû amener le comité à une conclusion fort différente de celle à laquelle il a abouti, c'est-à-dire à la conclusion que déjà, en 1907, alors même que le Canada n'avait pas atteint l'indépendance complète *de facto* dans tous les domaines, indépendance qu'il allait atteindre pendant la Première Guerre mondiale, il était suffisamment indépendant, sur le plan constitutionnel, pour que le gouvernement britannique se refuse à s'occuper du bien-fondé des débats constitutionnels au Canada.

60. Même si avait été en jeu, en 1907, l'exercice d'un certain droit de regard de la part des Britanniques sur la Constitution canadienne, son importance se serait estompée par suite de deux événements postérieurs d'une grande importance :

— La modification de 1915 (vue précédemment),[63] où l'adresse canadienne au Souverain, contenant pour la première fois un avant-projet de la modification demandée, était adoptée sans modification, malgré l'opposition des provinces. Le comité Kershaw ne semble pas avoir tenu compte de cet important précédent.

---

[62] Par. 58. M. Winston Churchill a, il est vrai, déclaré au Parlement à cette époque que ce changement avait été apporté (traduction) «à la demande de la Colombie-Britannique» et que les autorités britanniques ne seraient (traduction) «pas toujours disposées à prendre parti pour les autorités fédérales contre les autorités provinciales» (par. 38). Il semble toutefois qu'il ait eu des notions erronées quant à l'origine de cet amendement de forme et il reconnaît que les autorités britanniques (traduction) «n'étudieraient pas au fond la question d'un différend constitutionnel entre la Colombie-Britannique et le gouvernement fédéral» (par. 38).

[63] Voir ci-dessus, par. 15.

— *La déclaration Balfour* de 1926, qui écartait tout doute pouvant subsister quant au fait que le Canada était absolument autonome et totalement responsable de son propre destin. En disant qu'en 1931, (traduction) «le Canada *était en voie de devenir* un État souverain et indépendant», le comité n'a pas attaché suffisamment d'importance à la *déclaration Balfour*.[64]

61. Selon le comité, le gouvernement britannique aurait, en 1931, conservé une certaine responsabilité quant au fond de la Constitution canadienne. La position du comité est encore moins plausible lorsqu'il affirme que rien, dans la suite des événements ou dans les déclarations ultérieures des représentants du gouvernement britannique, n'était incompatible avec l'existence d'un tel reliquat de responsabilités. Or, le *rapport* n'aurait pas dû négliger les événements de 1943, de 1946 et de 1949, années où le Parlement du Royaume-Uni avait adopté des modifications portant nettement atteinte aux intérêts provinciaux (ou dont on craignait qu'elles y portent atteinte). Il n'aurait pas dû non plus négliger le fait que ces modifications avaient été adoptées à la demande du gouvernement fédéral, sans l'accord des provinces ou sans qu'elles aient été consultées, et en dépit d'objections importantes de leur part. Il ne fait qu'indiquer que le Parlement britannique n'avait pas eu connaissance (traduction) «officiellement» de ces objections.[65] Cependant, en réalité, ces controverses étaient de notoriété publique. Chaque fois que les membres du gouvernement britannique étaient interrogés à ce sujet, ils répondaient toujours, en public, qu'il n'y avait pas à s'occuper des circonstances aboutissant aux demandes canadiennes de modification. Bien qu'il soit vrai, comme le laisse entendre le comité,[66] que ces déclarations ne constituaient pas des (traduction) «engagements» envers le Canada, elles n'en constituaient pas moins, tout comme la pratique immuable du respect, par les Britanniques, des volontés, sur le plan constitutionnel, du gouvernement et du Parlement du Canada, une preuve manifeste de l'existence d'une convention sur laquelle le Canada pouvait et peut toujours s'appuyer.

62. Le fait que les autorités britanniques n'aient elles-mêmes exprimé, à titre confidentiel, aucune réserve en faisant de telles déclarations publiques est bien illustré par un incident évoqué dans le *rapport Kershaw*. En 1946, le haut-commissaire du Royaume-Uni au Canada, écrivant au sous-secrétaire permanent du *Dominions Office*, lui rapporte une conversation intervenue entre le secrétaire d'État britannique aux Dominions et le premier ministre du Québec. Celui-ci se serait plaint de l'adoption récente de la modification

[64] Par. 85. C'est nous qui soulignons.
[65] Par. 76. Soulignons en passant que selon le par. 110, il suffirait que les provinces expriment (traduction) «*officieusement*» leur approbation.
[66] Par. 77.

de 1946 sans qu'il y ait eu consultation avec les provinces»[67]. Voici un passage de la lettre :

(Traduction)

«Le secrétaire d'État répondit qu'il n'y avait que trois possibilités pour le gouvernement du Royaume-Uni, à la réception de la demande du gouvernement du Canada : soit adopter le texte législatif comme on lui demandait de le faire; soit refuser de le faire; soit, enfin, le modifier. Si nous avions refusé d'adopter cette mesure législative, cela aurait soulevé une vague de protestations d'un bout à l'autre du Canada; le secrétaire d'État fut avisé que nous n'avions pas le pouvoir de modifier le texte législatif; par conséquent, il n'y avait d'autre solution que d'adopter le texte législatif, ce qui a été fait le plus rapidement possible.»

Ailleurs dans la lettre, le haut-commissaire souligne que (traduction) «. . . le Parlement du Dominion a le pouvoir de proposer des modifications sans consulter les provinces», et que (traduction) «. . . *le Royaume-Uni agit et doit agir d'office.*»[68]

B. Constitutionnalité du projet canadien

63. Il est essentiel, pour la thèse avancée dans le *rapport Kershaw*, qu'on puisse établir qu'en sollicitant, auprès du Parlement britannique, l'adoption du projet global de rapatriement sans nouvelles consultations avec les provinces et sans leur accord, le Sénat et la Chambre des communes du Canada enfreindraient un principe fondamental (traduction) («position constitutionnelle établie») de la Constitution du Canada. C'est peut-être sur cette question que le comité Kershaw accuse la plus grave faiblesse. Comme il a été souligné précédemment, le comité s'est fondé principalement sur les témoignages émanant soit d'une seule des parties au différend canadien, soit d'universitaires britanniques qui ne se flattaient pas de connaître le Canada de première main.

64. Voici par quel raisonnement le comité Kershaw en est arrivé à conclure que les mesures proposées seraient inconstitutionnelles :

a) On ne peut présenter à bon droit, au Parlement du Royaume-Uni, aucune modification (traduction) «touchant un aspect important de la structure fédérale canadienne»[69], en l'absence (traduction) «d'un vœu clairement exprimé par le Canada dans son ensemble, compte tenu du caractère fédéral de la structure constitutionnelle de cette collectivité»[70].

---

[67] Par. 72, note 2.
[68] C'est nous qui soulignons.
[69] Par. 114.
[70] Par. 111.

b) L'ensemble des mesures proposées en matière de rapatriement (traduction) «porterait directement atteinte à la structure fédérale».[71]

Or, il a tort sur ces deux points.

65. Le comité se fonde sur trois sources pour estimer que les autorités fédérales ne peuvent proposer à bon droit, en l'absence de consultation avec les provinces et en l'absence d'accord de celles-ci, aucune modification (traduction) «d'un aspect important qui porte sensiblement atteinte à la structure fédérale canadienne»[72]. Il s'agit :

a) d'un arrêt de la Cour suprême du Canada dans le *Renvoi concernant la compétence du Parlement relativement à la Chambre Haute*[73] ;
b) d'extraits de la plaquette publiée en 1965 par le gouvernement du Canada et intitulée: *Modification de la Constitution du Canada*[74] ;
c) d'une interprétation du fédéralisme canadien.

66. Pour ce qui est du *Renvoi concernant la compétence du Parlement relativement à la Chambre Haute*[75], on peut régler cette question assez rapidement. Il s'agit d'un arrêt rendu par la Cour suprême du Canada sur le point de savoir si le Parlement du Canada avait le pouvoir législatif, en vertu de l'article 91(1) de l'*AANB*, d'adopter de lui-même des modifications touchant le Sénat canadien. L'affaire n'avait rien à voir avec la compétence du Parlement du Canada de présenter des demandes de modification au Parlement du Royaume-Uni.

67. Il est pour le moins étrange que l'on se fonde sur la plaquette publiée par le gouvernement du Canada en 1965[76] pour confirmer qu'un principe constitutionnel exige l'accord des provinces, car, en réalité, cette publication prouve le contraire. Il est vrai qu'il y est question d'un principe général énonçant dans quelle mesure les provinces doivent être consultées et doivent donner leur accord lorsqu'il s'agit de solliciter une modification «intéressant directement les rapports fédératifs» ; toutefois, on souligne qu'il n'est pas facile de préciser la nature et l'étendue de la participation provinciale requise[77]. En outre, il est déclaré expressément dans cet ouvrage que le principe en question n'a strictement aucun caractère obligatoire sur le plan consitutionnel[78]. Cette publication avait, avant d'être mise en circulation, reçu l'approbation tacite du gouvernement de chacune des provinces. L'idée

[71] Par. 14(9) et 111.
[72] Par. 114.
[73] Note 29 ci-dessus. *Rapport Kershaw*, par. 33 et suivants.
[74] Par. 48 et suivants.
[75] Note 29 ci-dessus.
[76] Note 74 ci-dessus.
[77] P. 15.
[78] P. 11.

qui est soutenue, à savoir que ni la consultation avec les provinces ni l'accord de celles-ci *ne sont* obligatoires, sur le plan constitutionnel, selon la procédure actuelle de modification, prend ainsi une valeur indéniable.

68. Fait à noter, dans l'arrêt de la Cour d'appel du Manitoba confirmant la constitutionnalité de l'ensemble des mesures de canadianisation proposées, même les juges en désaccord ont été incapables de trouver une preuve historique manifeste de l'existence d'une convention qui exigerait la consultation et l'accord des provinces pour une telle demande de modification[79].

69. Le comité Kershaw semblait conscient de la faiblesse de l'argument selon lequel il existe une convention relative à l'accord des provinces. C'est peut-être d'ailleurs pour ce motif qu'il a tenté d'établir un principe constitutionnel en se fondant principalement sur le caractère fédéral de la Constitution canadienne, plutôt que sur des précédents.

70. D'une manière générale, la Constitution canadienne est, il est vrai, de caractère fédéral. Il est également vrai que dans un système fédéral idéal, tant le gouvernement central que les gouvernements régionaux devraient jouer un rôle important dans la modification de la Constitution. Il ne s'ensuit toutefois pas que toute demande de modification portant sensiblement atteinte à la structure fédérale canadienne exige que l'on consulte les provinces et que l'on obtienne leur accord et ce pour plusieurs raisons :

a) La solution des véritables problèmes politiques et constitutionnels doit être fondée sur les Constitutions telles qu'elles sont et non sur un idéal hypothétique.

b) En réalité, aucune Constitution «fédérale» existante n'est parfaitement un modèle du genre. Les réalités historiques, sociales et politiques de chaque État fédéral ne permettent que de s'approcher plus ou moins de l'idéal. La Constitution canadienne s'écarte du fédéralisme parfait sur bon nombre de points importants. Ainsi, l'*AANB* reconnaît au gouvernement fédéral le pouvoir de porter unilatéralement atteinte aux droits et intérêts des provinces lorsqu'il lui permet de nommer les lieutenants-gouverneurs et de leur donner des instructions[80], de désavouer les lois provinciales[81], de déclarer que des travaux provinciaux sont à «l'avantage général du Canada»[82] et d'exercer une influence sur les questions relevant de la compétence des provinces grâce à son «pouvoir de dépenser»[83]. Il serait inutile de s'étendre sur ces pouvoirs et sur leurs ramifications. Il suffit de rappeler qu'ils ont exercé et continuent d'exercer

---

[79] Note 48 ci-dessus, par le juge O'Sullivan, p. 26, et par le juge Huband, p. 9.
[80] AANB, note 7 ci-dessus, art. 58, et suivants.
[81] Art. 90.
[82] Alinéa 92(10)c).
[83] Voir: *Government of Canada, Federal-Provincial Grants and the Spending Power of Parliament*, juin 1969.

une profonde influence sur le fédéralisme canadien. Ainsi, des ouvrages provinciaux aussi différents et importants que des chemins de fer, des silos à céréales et des mines d'uranium relèvent de la compétence fédérale en vertu du pouvoir déclaratoire; des programmes aussi vastes et importants sur le plan social que ceux de l'assurance-maladie n'existent que grâce au pouvoir de dépenser du fédéral. Il importe aussi de signaler que dans le système canadien, tout pouvoir non expressément conféré à un ordre de gouvernement revient au gouvernement fédéral, et non aux provinces comme en Australie et aux États-Unis[84].

c) Dans le contexte actuel, l'anomalie majeure par rapport au fédéralisme parfait réside dans le fait que c'est au gouvernement fédéral qu'il appartient de demander au gouvernement britannique de modifier la Constitution canadienne tant qu'une procédure de modification exclusivement canadienne n'aura pas été instituée. Cela constitue depuis la création du Canada l'une des caractéristiques de son système fédéral.

d) Les mesures actuellement débattues rapprocheraient sensiblement sur ce point la Constitution canadienne du fédéralisme idéal en accordant aux provinces, dans la procédure de modification, un rôle juridique qu'elles n'ont jamais eu jusqu'ici. Le rôle que joueront les provinces dans cette procédure sera très important, beaucoup plus important par exemple que celui reconnu à leurs homologues dans la Constitution «fédérale» de l'Australie.

71. Même si le comité Kershaw avait raison (ce qui n'est pas le cas) d'affirmer que la Constitution du Canada exige, dans une certaine mesure tout au moins, le concours des provinces pour que le Parlement du Canada puisse demander au Parlement du Royaume-Uni d'apporter des modifications constitutionnelles «portant sensiblement atteinte à la structure fédérale canadienne», cette exigence ne s'appliquerait pas aux mesures proposées parce que, comme il a déjà été expliqué[85], ces mesures ne touchent pas à la «structure fédérale» canadienne d'une manière qui aurait pour effet de porter préjudice aux intérêts des provinces.

C. Circonstances justifiant que les autorités britanniques accèdent à la demande canadienne

72. Selon le comité Kershaw, le Parlement du Royaume-Uni serait fondé à accéder à une demande de modification émanant du gouvernement et du Parlement du Canada s'il y avait un agrément minimal précisé[86] de la part des

[84] Début de l'AANB, art. 91, clause visant «la paix, l'ordre et le bon gouvernement».
[85] Voir le par. 43 ci-dessus.
[86] Par. 114.

provinces ou si les mesures proposées étaient sensiblement modifiées sous certains aspects également précisés[87]. Une autre solution possible, que ne fait que soulever le *rapport*, serait d'attendre l'issue des instances en cours sur le sujet[88]. Finalement, le comité affirme que (traduction) «le Parlement du Royaume-Uni pourrait peut-être fixer un délai d'un certain nombre d'années» au-delà duquel il ferait abstraction de certaines contraintes auxquelles, il l'admet pour l'instant, sont assujettis ses pouvoirs légaux sur la Constitution canadienne[89]. Nous examinerons chacune de ces conditions dont dépendrait la coopération britannique.

73. Ayant décidé que le gouvernement et le Parlement du Canada ne pouvaient, selon la Constitution canadienne, présenter de demande de modification au Parlement du Royaume-Uni sans un certain agrément des provinces, le comité se voyait forcé de préciser l'importance et la répartition de l'appui qui permettrait, selon lui, aux autorités britanniques d'agir. Tous les mémoires soumis au comité par les provinces réclamaient l'appui unanime des provinces. Cette solution fut rejetée[90] en faveur d'une règle s'inspirant de la formule de modification énoncée dans la proposition initiale du gouvernement du Canada (laquelle a été, depuis, quelque peu modifiée sur ce point) et exigeant le consentement des législatures ou des électeurs du Québec, de l'Ontario et de provinces regroupant au moins 50 p. 100 de la population habitant à l'ouest de l'Ontario et de 50 p. 100 de celle habitant à l'est du Québec[91]. Si la règle retenue est nettement acceptable pour ce qui est de l'importance de l'agrément provincial à exiger pour toute modification ultérieure de la Constitution du Canada, la proposition de l'appliquer à la situation actuelle appelle les observations suivantes :

a) Il est difficile de comprendre comment l'on peut prétendre que cette règle ferait en quelque sorte partie de la nature même du fédéralisme, alors que la Constitution des deux autres grands systèmes fédéraux du monde, soit celui des États-Unis et celui de l'Australie, comporte, sur la participation régionale à la procédure de modification, des dispositions qui en diffèrent radicalement. Dans ces deux pays, il est exigé pour les modifications constitutionnelles un appui régional moindre que celui prévu par la formule de Victoria modifiée retenue par l'actuel projet. La Constitution des États-Unis exige qu'il y ait ratification par les législatures de 75 p. 100 des États, abstraction faite de leur population ou de leur répartition géographique[92]. La Constitution de l'Australie n'exige

[87] Par. 115.
[88] Par 123 et 127.
[89] Par. 14(11).
[90] Par. 14(7).
[91] Par. 114.
[92] Constitution of United States, article V.

que l'appui, par référendum, de la majorité des États, là encore sans faire de distinction entre les États concernés[93].

b) Le comité propose que la règle ne soit appliquée que dans les cas où la modification porterait «sensiblement» ou «directement» atteinte à la structure fédérale[94]. Comme il a été démontré plus haut[95], l'ensemble des mesures proposées en matière de rapatriement n'apporterait à la structure fédérale aucun changement qui porterait préjudice aux intérêts des provinces. Dès lors, la propre règle du comité n'exigerait pas qu'il y ait en l'espèce l'agrément des provinces.

c) Même si l'on admet avec le comité la nécessité, pour une demande comme celle que l'on propose, qu'elle corresponde (traduction) «aux vœux nettement exprimés de l'ensemble du Canada, compte tenu du caractère fédéral du système constitutionnel canadien»[96], il reste que c'est le Parlement du Canada, avec ses membres venus de toutes les parties du pays et sa responsabilité constitutionnelle d'assurer les relations du Canada avec le reste du monde, qui est le mieux placé pour faire connaître au Royaume-Uni les vœux nettement exprimés de l'ensemble du Canada.

74. Le paragraphe 115 du *rapport Kershaw* propose une solution de rechange. Selon le *rapport*, en effet, rien ne s'oppose à ce que le Parlement du Royaume-Uni accède, même en l'absence d'appui des provinces, à une demande

> (Traduction)
> «de rapatriement/modification prévoyant *seulement* (i) l'extinction des pouvoirs législatifs du Royaume-Uni et (ii) une formule de modification de la Constitution portant qu'il ne peut y avoir de modification s'il n'y a pas au moins le degré d'appui provincial qui est nécessaire pour proposer une modification» en vertu de la partie V du projet.[97]

Voilà qui forcerait à supprimer, dans le projet, la Charte des droits et libertés et à adopter comme procédure permanente de modification la formule que le projet ne prévoit qu'à titre transitoire. Cela exigerait la refonte du projet actuel. Le raisonnement par lequel le comité explique pourquoi le Parlement du Royaume-Uni serait fondé à adopter un projet ainsi modifié sans le consentement des provinces n'est pas facile à suivre. Il est affirmé que l'adoption d'un tel projet (traduction) «ne porterait pas sensiblement atteinte au caractère fédéral du système constitutionnel

[93] Constitution of Australia, art. 128.
[94] Par. 111 et 114.
[95] Voir le par. 43 ci-dessus.
[96] Par. 14(8).
[97] Par. 115.

canadien»[98], mais, comme il a déjà été expliqué[99], il en va de même pour l'actuel projet. La «solution de rechange» du comité Kershaw ressemble nettement à une tentative de faire ce que le comité lui-même a dit qu'il serait inopportun pour les autorités britanniques de faire, à savoir déterminer (traduction) «si un ensemble de mesures constitutionnelles proposées convient aux Canadiens»[100].

75. La partie du *rapport Kershaw* où il est question des litiges en cours[101] ne contient aucune recommandation au Parlement du Royaume-Uni à leur sujet. Elle n'est cependant pas inutile, puisqu'elle rappelle à toutes les parties concernées que les provinces en désaccord n'ont nul besoin d'aller à l'étranger pour faire entendre leurs objections. Les tribunaux canadiens qui ont été saisis par les provinces sont mieux placés que quiconque pour trancher des questions de droit constitutionnel canadien. Quant aux problèmes politiques que soulève la contestation en cause, les parlementaires et les électeurs canadiens peuvent se prononcer sur leur fond beaucoup mieux que des parlementaires étrangers. Le premier tribunal saisi par les provinces en désaccord a déjà jugé qu'il n'y avait aucun empêchement constitutionnel au projet du gouvernement du Canada. Quelle que soit la décision à laquelle en arriveront les autres tribunaux et, en fin de compte, le peuple canadien, il ne fait aucun doute que les institutions judiciaires et politiques canadiennes sont parfaitement capables de régler ce problème canadien.

Bref, les opposants à l'actuel projet n'ont nullement besoin d'une tribune étrangère. Il peut être efficacement, impartialement et en toute connaissance de cause statué sur leurs objections dans le pays même.

76. Selon les conclusions du *rapport Kershaw*, «le Parlement du Royaume-Uni pourrait peut-être fixer un délai d'un certain nombre d'années au-delà duquel il n'accepterait pas que l'actuelle situation constitutionnelle se prolonge.»[102] Rien dans le corps du *rapport* ne semble appuyer une telle conclusion. Cette question semble n'avoir été soulevée qu'à l'étape des conclusions. Il est permis de croire que si le comité avait réfléchi plus longuement aux conséquences déplorables susceptibles de résulter de l'effet d'ensemble d'un rejet du projet présenté et de la fixation d'un terme à la collaboration des autorités britanniques à la procédure canadienne de modification, il n'aurait pas émis cette idée. Mais cette proposition n'est pas non plus inutile, puisqu'elle rappelle aux Canadiens qu'ils ne pourront pas se fier indéfiniment à la bonne volonté et à la patience des Britanniques pour apporter des modifications à leur Constitution. Le temps est venu pour le

[98] *Ibid*
[99] Voir le par. 43 ci-dessus
[100] Par. 14(11)
[101] Par. 123, et suivants.
[102] Par. 14(11).

Canada d'être légalement aussi bien que politiquement indépendant en matière constitutionnelle. Les mesures de rapatriement proposées permettront d'atteindre ce but et éviteront d'avoir à l'avenir à importuner le gouvernement et le Parlement du Royaume-Uni en leur présentant des demandes canadiennes de modifications constitutionnelles. Il serait superflu de fixer une date limite.

D. Incidences sur la souveraineté et l'indépendance du Canada

77. Le *rapport Kershaw* présente le Canada, et ce à juste titre, comme (traduction) «un État indépendant et souverain»[103]; il indique en outre que (traduction) «la volonté première du gouvernement et du Parlement du Royaume-Uni est d'entretenir et de développer, avec le Canada, les relations cordiales et chaleureuses qui ont subsisté depuis de nombreuses décennies, de même que tout au long des deux guerres mondiales»[104].

78. Malheureusement, dans bon nombre des conclusions du *rapport*, il est conseillé au gouvernement et au Parlement du Royaume-Uni de donner suite à la demande du Canada concernant la modification de sa Constitution par des moyens qui constitueraient une ingérence inacceptable dans les affaires internes d'un (traduction) «État indépendant et souverain». Pour évaluer l'étendue de l'ingérence dans les affaires canadiennes qui résulterait des suggestions du comité, il suffit de s'arrêter aux responsabilités que le Parlement du Royaume-Uni serait appelé à assumer :

a) *Gardien du fédéralisme canadien.* Il aurait, sans aucun mandat électoral, (traduction) «la fonction ou responsabilité, envers la population ou la collectivité canadienne»[105] de décider, à l'encontre, au besoin, de la volonté du Parlement national démocratiquement élu, (traduction) «si une demande de modification ou de rapatriement des *AANB* exprime la volonté de l'ensemble du Canada, compte tenu de la nature fédérale du système constitutionnel de cette collectivité.»[106]

b) *Interprète de la Constitution canadienne.* Pour remplir le rôle de gardien du fédéralisme canadien, il lui faudrait décider si le comité Kershaw a bien interprété les exigences de la Constitution canadienne, ou si d'autres instances, telle la Cour d'appel du Manitoba, n'ont pas mieux interprété le droit, l'histoire et les usages constitutionnels du Canada.

c) *Juge des conditions précises de modification.* Pour remplir le rôle que lui assigne le comité Kershaw, le Parlement du Royaume-Uni

---

[103] Par. 7.
[104] Par. 14.
[105] Par. 103.
[106] Par. 111.

devrait aussi juger de l'à-propos des conditions précises posées par le comité pour l'acceptation d'une demande de modification. Il doit donc juger :

(i) s'il faut d'une part appliquer un critère du genre «formule de Victoria» pour fixer l'étendue et la répartition du consentement des provinces[107],

(ii) s'il faut, d'autre part, exiger du Parlement du Canada qu'il apporte des changements importants à la formule de modification proposée et qu'il renonce entièrement à la Charte des droits et libertés.

Si le Parlement du Royaume-Uni assumait ces responsabilités, il s'immiscerait profondément dans les affaires canadiennes.

79. A la lumière de ce fait, on s'étonne de lire dans le *rapport Kershaw* des affirmations selon lesquelles (traduction) «rien dans notre *rapport* ne soulève un doute quelconque sur l'indépendance complète du Canada en tant qu'État souverain . . .[108]» et selon lesquelles l'adoption des recommandations du rapport ne (traduction) «constituerait (pas) une ingérence dans les affaires internes du Canada»[109]. C'est dans l'énoncé suivant que l'on trouve peut-être la solution de cette contradiction :

> (Traduction)
> «Le Parlement du Canada n'est pas souverain d'une manière absolue, mais il est, par le vœu de la collectivité canadienne confirmé en 1931, assujetti aux contraintes d'une Constitution *fédérale*»[110].

Cet énoncé comporte implicitement deux sophismes :

a) l'opinion selon laquelle le *statu quo*, qui a été (traduction) «confirmé» en 1931, comportait un droit de regard britannique sur la Constitution canadienne, pouvoir qui subsisterait encore aujourd'hui (il a déjà été expliqué[111] que c'est là une opinion erronée);

b) l'idée que le partage interne des fonctions gouvernementales entre le gouvernement central et les gouvernements régionaux, au sein d'un système fédéral, limiterait en quelque sorte la souveraineté nationale d'un État fédéral comme le Canada dans ses relations avec le reste du monde. A la vérité, bien que le Parlement du Canada possède, tout comme l'assemblée législative d'une province, des pouvoirs exclusifs de légiférer au Canada, la souveraineté nationale du Canada est absolue et elle est exercée, au nom de

---

[107] Voir le par. 73 ci-dessus.
[108] Par. 85.
[109] Par. 96.
[110] *Ibid*
[111] Voir les par. 14 et suivants, ci-dessus.

toute la nation, par le gouvernement et le Parlement du Canada élus de façon démocratique.

Ces deux sophismes semblent avoir été la cause principale des conclusions regrettables du comité Kershaw.

80. Si le Parlement du Royaume-Uni décide de se rallier à ces hypothèses erronées ainsi qu'aux propositions qu'elles ont inspirées au comité, il devra rejeter, par le fait même, l'un des principes fondamentaux du Commonwealth. En effet, c'est la *déclaration Balfour* qui présentait cette association comme un regroupement de (traduction) «collectivités autonomes . . . d'un statut égal, aucune d'entre elles n'étant subordonnée à une autre sur aucun plan . . .».[112] Le principe de l'égalité a toujours comporté l'égalité des Parlements nationaux des collectivités formant le Commonwealth. Il ne faudrait sûrement pas délaisser un principe qui a fait la force de cette association unique.

Conclusions

81. On a signalé plus haut que tout défaut dans la logique du comité Kershaw compromettrait la validité de ses conclusions. Nous estimons que le texte qui précède démontre l'existence d'un bon nombre de ces défauts. En réalité, il est possible de relever des erreurs dans chacun des principaux éléments de la thèse du comité :

a) Si les institutions britanniques *ne* conservent *pas* de responsabilité politique à l'égard de la modification de la Constitution canadienne, c'est que :

(i) les institutions britanniques se sont elles-mêmes dépouillées de toute faculté politique de décision à l'égard de la Constitution du Canada et ce, bien avant le *Statut de Westminster, 1931;*

(ii) le *Statut de Westminster* n'a pas modifié le *statu quo* constitutionnel à cet égard;

(iii) les déclarations postérieures des représentants du gouvernement du Royaume-Uni et les actes du Parlement du Royaume-Uni ont sans cesse confirmé cette thèse sans la moindre ambiguïté.

b) Si la Constitution du Canada n'exige pas le consentement des provinces pour une demande de modification, comme on l'a soutenu, c'est que :

(i) on ne trouve aucun fondement, dans le droit ou les usages constitutionnels canadiens, étayant la position adoptée par le

[112] Note 8 ci-dessus.

comité Kershaw, selon laquelle il faudrait avoir le consentement des provinces pour procéder à des modifications (traduction) «touchant sensiblement la structure fédérale du Canada»;[113]

(ii) en tout état de cause, les modifications proposées ne touchent pas la structure fédérale du Canada d'une façon qui soit préjudiciable aux intérêts des provinces.

c) Les conditions précises que propose le *rapport Kershaw*, soit quant au degré de consentement requis des provinces, soit, dans l'autre hypothèse, quant au genre de changements qu'il faudrait apporter à la demande de modification pour permettre au Parlement britannique de l'accepter, *sont elles-mêmes contraires à l'avis du comité* selon lequel (traduction) «il serait tout à fait inopportun pour le Parlement britannique de discuter du bien-fondé des modifications demandées ou de la méthode de rapatriement.»[114]

d) Si le Parlement du Royaume-Uni suivait l'avis du comité Kershaw à ce sujet, il y aurait effectivement (traduction) «ingérence dans les affaires internes du Canada».[115]

82. Les Canadiens sont à juste titre fort reconnaissants, au gouvernement et au Parlement du Royaume-Uni, de la patience, de la compréhension et de la collaboration dont ceux-ci ont toujours fait preuve au cours de l'impasse prolongée où se trouve la question des modifications constitutionnelles. Profondément imbues de traditions démocratiques, les autorités britanniques ont toujours reconnu que seuls ceux qui détiennent le mandat politique de la collectivité canadienne peuvent prendre les décisions d'ordre politique quant aux modifications de la Constitution du Canada. Elles ont donc toujours respecté les vœux du gouvernement et du Parlement du Canada à l'occasion des demandes de modification. Les Canadiens ont la certitude que, lorsque cette ultime demande d'aide, sur le plan constitutionnel, sera présentée à Westminster, le Parlement britannique la recevra avec la compréhension et la collaboration qui ont toujours caractérisé les relations entre ces deux membres du Commonwealth des Nations.

---

[113] Par. 114.
[114] Par. 113.
[115] Par. 96.

Annexe A

Modifications constitutionnelles touchant les intérêts des provinces

(Source: Factum du procureur général du Canada dans *Manitoba et al.* c. *Canada*, Cour d'appel du Manitoba, novembre 1980)

1. L'*Acte de l'Amérique du Nord britannique, 1871* touchait aux relations fédérales-provinciales ainsi qu'aux pouvoirs et droits des gouvernements provinciaux. Il conférait au Parlement le pouvoir de créer, seul, de nouvelles provinces sans l'accord des provinces existantes, lui octroyant ainsi le pouvoir de modifier sensiblement l'équilibre entre les provinces ou entre une province et le gouvernement fédéral. Il permettait au Parlement de créer, seul, au Sénat, de nouveaux sièges pour ces provinces. Il prescrivait une procédure de modification pour apporter des changements aux limites des provinces. L'accord des provinces ne fut ni demandé, ni donné.

2. La question de l'accord des provinces fut soulevée dans une série de résolutions que M. Mills présenta à la Chambre des communes. Elles ne furent pas acceptées. Voici le texte de la dernière de ces résolutions :

> (Traduction)
> «Que les assemblées législatives des provinces actuellement comprises dans l'Union ont convenu de celle-ci sur une base fédérative, sanctionnée par le Parlement impérial. Aux yeux de cette Chambre, toute modification, par un texte législatif impérial, du principe de la représentation à la Chambre des communes, reconnu et fixé au 51e et 52e articles de l'*Acte de l'Amérique du Nord britannique*, sans le consentement des diverses provinces ayant conclu cette entente, enfreindrait un principe fondamental de notre Constitution et porterait atteinte à l'indépendance et à la sécurité du gouvernement et de la législature des provinces.» (Journaux de la Chambre des communes du Canada, 1871, pp. 253-54.)

3. L'*Acte de l'Amérique du Nord britannique, 1886* touchait aux relations fédérales-provinciales ainsi qu'aux pouvoirs et aux droits des gouvernements provinciaux. Il conférait au Parlement *seul* le pouvoir d'assurer la représentation des territoires au Parlement, y compris le Sénat. Toute nomination d'un sénateur réduirait donc l'importance relative du vote des autres sénateurs. L'accord des provinces ne fut ni demandé ni donné.

4. L'*Acte de l'Amérique du Nord britannique, 1907* touchait les relations fédérales-provinciales ainsi que les droits des gouvernements provinciaux. Il augmentait le montant des subventions versées au gouvernement des provin-

ces en vertu des dispositions originelles de l'*Acte de l'Amérique du Nord britannique, 1867*. Ce que le Parlement avait demandé lui fut accordé, malgré l'opposition de la Colombie-Britannique qui prétendait avoir droit à des subventions supplémentaires à cause de ses besoins particuliers, dus à un territoire montagneux, à une population dispersée et à l'iso'ement géographique. Les autres provinces, elles, acceptèrent le projet de modification. Le 25 mars 1907, l'Assemblée législative de la Colombie-Britannique adopta une résolution protestant contre la proposition fédérale. La Colombie-Britannique présenta un mémoire au *Colonial Office* britannique pour faire valoir l'insuffisance du montant qui lui était accordé. L'opposition de la Colombie-Britannique n'empêcha pas l'adoption de la loi, bien que le gouvernement britannique eût accepté d'y inclure une modification. Les mots ***final and unalterable*** (définitif et irrévocable) furent retranchés de la loi, vu, semble-t-il, l'avis d'un rédacteur parlementaire, selon lequel ils ne convenaient pas à un texte législatif. L'essentiel de cette modification fut adopté en dépit de l'opposition de la province.

5. L'*Acte de l'Amérique du Nord britannique, 1915* touchait les relations fédérales-provinciales et modifiait les droits des provinces. Il augmentait le nombre de sénateurs et changeait les divisions du Sénat. Il ajoutait également ce qui constitue l'article 51A actuel, qui garantit que les provinces n'auront jamais moins de députés à la Chambre des communes que de sénateurs au Sénat. Les provinces ne furent pas consultées, bien que la province de la Colombie-Britannique ait demandé une modification de la représentation et que cela ait été incorporé à la résolution. Le premier ministre et le procureur général de l'Île-du-Prince-Édouard furent entendus par le comité de la Chambre des communes qui étudiait la résolution. Leur demande de modification ne fut pas acceptée. Le projet touchait toutes les provinces en modifiant la répartition des sénateurs et en établissant un nombre minimal de députés à la Chambre des communes.

6. La question de l'accord des provinces fut soulevée par M. O. Turgeon (Gloucester) :

> «... Je suis tout prêt à accepter cette proposition comme très modeste; mais, pour que le Parlement impérial y donne son acquiescement, ne vaudrait-il pas mieux la soumettre d'abord à une conférence des provinces? Il y a, en effet, deux années à peine que les provinces réunies en conférence ont refusé ce droit aux Provinces maritimes. M'est avis que, si le premier ministre réussissait à obtenir sur ce point l'assentiment des législatures provinciales, ou tout au moins une opinion favorable, la proposition aurait chance d'être sanctionnée par le parlement britannique. Je me joins à mon honorable ami de l'Île-du-Prince-Édouard pour suggérer que l'on sépare de l'autre cette proposition, afin de pouvoir la

soumettre aux législatures des différentes provinces et obtenir, s'il se peut, leur assentiment . . . .»

(Débats de la Chambre des communes du Canada, 1915, vol. II, p. 1465.)

Toutefois, cette adresse fut acceptée sans aucune autre mention des provinces.

7. On a souligné au Sénat que la question de la modification avait fait l'objet d'entretiens lors d'une rencontre des premiers ministres mais que ceux-ci n'avaient pas tranché la question.

(Débats du Sénat du Canada, 1914, p. 977.)

Au Sénat, on proposa, au moyen d'un amendement, que l'article prévoyant la représentation minimale de chaque province à la Chambre des communes n'entre en vigueur qu'au moment où l'accord des assemblées législatives des provinces aurait été obtenu. Cette proposition fut rejetée à la majorité des voix.

(Débats du Sénat du Canada, 1914, p. 998-999.)

(Voir également les Débats du Sénat du Canada de 1914 aux pages 982-983; 985-989; 993-994.)

8. L'*Acte de l'Amérique du Nord britannique, 1930* touchait les relations fédérales-provinciales et modifiait les droits des provinces. Par cette modification, le gouvernement fédéral a transféré aux quatre provinces de l'Ouest le droit de propriété des terres et des ressources naturelles. (Il transféra beaucoup moins de ces terres et ressources à la Colombie-Britannique qu'il ne le fit aux trois autres provinces, puisque seules les terres de la zone du chemin de fer furent transférées à cette province.) Les quatre provinces acceptèrent la proposition. On ne chercha pas à obtenir l'accord des autres provinces, bien que l'on ait délibéré à ce sujet lors d'une conférence fédérale-provinciale, tenue en 1927, au cours de laquelle l'Ontario et le Québec, du moins, ont exprimé leur accord de principe.

9. Lors des débats à la Chambre des communes, M. MacLaren a soutenu :

«. . . les projets de modification de la loi constitutionnelle, principalement lorsqu'il s'agit d'amendements de cette importance, doivent être communiqués aux provinces non pas officieusement mais officiellement, afin d'obtenir leur ratification, et aussi de savoir si elles les approuvent ou si elles les désapprouvent. Nous procédons autrement que lorsqu'il s'est agit de la Confédération, et contrairement à l'esprit de la loi constitutionnelle, dont nous nous écartons en ne fournissant pas aux provinces l'occasion d'exprimer leur avis.

Je ne vois pas comment l'on peut conclure de la simple adoption de cette pétition que celle-ci représente la volonté des provinces. Je proteste donc, monsieur l'Orateur, contre la présentation d'une pétition de cette nature, sans avoir consulté les provinces de la Confédération.»

(Débats de la Chambre des communes du Canada, 1930, p. 2587.

La question a également été soulevée au cours des débats du Sénat de 1930, aux pages 335-39, 348-9.)

10. Selon les députés de la majorité, cette modification ne touchait que les quatre provinces de l'Ouest; il n'était donc pas nécessaire d'obtenir l'accord de chacune des provinces. De plus, on a souligné qu'aucune d'elles ne s'y opposait, bien que ce projet de modification fût connu de tous.

11. *Le Statut de Westminster, 1931* touchait aux relations fédérales-provinciales et modifiait les droits et les pouvoirs des provinces. Il prévoyait que le Parlement et toutes les assemblées législatives provinciales pourraient légiférer sans tenir compte des restrictions qu'imposait précédemment le *Colonial Laws Validity Act*. Le Royaume-Uni conservait par l'article 7(1) le pouvoir législatif absolu sur les *Actes de l'Amérique du Nord britannique*. Aux termes de l'article 7(3), ni le Parlement ni l'assemblée législative des provinces n'étaient autorisés, en vertu des pouvoirs qui leurs étaient conférés, à légiférer sur des questions ne tombant pas dans leur champ de compétence.

12. Bien que les gouvernements provinciaux aient été consultés au sujet de cette modification et qu'ils aient donné leur accord, il est évident, étant donné la situation, qu'il n'était pas question de reconnaître ou de créer de la sorte une convention selon laquelle on serait tenu d'obtenir l'accord des provinces, relativement aux modifications constitutionnelles, avant que celles-ci ne soient adoptées par Westminster.

a) Lors de la conférence impériale de 1930, on estimait que les provinces n'avaient qu'un droit à la consultation. Au compte rendu (*Summary Proceedings*, à la p. 3717) de cette conférence, on trouve ce qui suit:

(Traduction)
«... Il semble que certaines provinces du Canada aient fait des représentations à la suite de l'adoption de la résolution, s'opposant à ce que l'on donne suite à ce rapport *jusqu'à ce que les provinces aient eu la possibilité de déterminer si cette initiative porterait atteinte à leurs droits*. C'est pourquoi il sembla nécessaire de prévoir deux choses. En premier lieu, *il était nécessaire de prévoir la possibilité, pour le gouvernement de Sa Majesté au Canada*, de

prendre les mesures voulues en vue de permettre aux provinces de *faire connaître leurs points de vue*. En deuxième lieu, il était nécessaire de décider de l'application au Canada des articles du projet de loi, après que les provinces *eussent été consultées*.» (C'est nous qui soulignons.)

b) *Dans le compte rendu de la conférence fédérale-provinciale de 1931 il est mentionné* à la page 10:

(Traduction)
«Deux des provinces soutenaient (il [M. Bennett] estimait qu'elles n'avaient pas tort sur ce point) qu'elles devaient être *consultées* sur cette question précise du *Statut de Westminster*, étant donné que cette question les touchait directement. *On avait donc convoqué la conférence à cette fin précise*.» (C'est nous qui soulignons.)

c) En réponse à l'inquiétude exprimée par les provinces, selon lesquelles l'article 4 actuel ainsi que le préambule du *Statut de Westminster* accorderaient plus de pouvoirs au gouvernement fédéral, M. Geoffrion a proposé l'adjonction d'un nouvel article portant que le *Statut* ne s'applique pas aux *Actes de l'Amérique du Nord britannique*. Cette propositon constitue l'article 7(1) actuel. Dans le compte rendu, à la page 16, cette proposition est présentée ainsi :

(Traduction)
«M. Geoffrion expliqua ensuite que sa proposition était une initiative visant à résoudre la difficulté que suscitait la reconnaissance implicite dans le *Statut* du pouvoir, que possédaient les dominions, de demander des modifications. *Il tenait uniquement à veiller à ce que la situation des provinces ne leur soit pas plus défavorable après* l'adoption du *Statut* qu'elle ne l'était auparavant. Sa proposition, estimait-il, réserverait la position des provinces jusqu'au moment des délibérations, dans l'avenir, sur la question des modifications...» (C'est nous qui soulignons.)

Après que la proposition de M. Geoffrion eût fait l'objet d'une rédaction en règle, on trouve, à la page 20 :

> «A la suite de l'intervention de M. Bennett, M. Guthrie déclara que le nouvel avant-projet visait à établir le plus clairement possible que le *Statut* n'apportait aucune modification à l'*Acte de l'Amérique du Nord britannique* et ne conférait au dominion aucun pouvoir nouveau de modifier celui-ci. *Il avait nettement été conçu en vue de maintenir le statu quo*.»
>
> «M. Cahan mit ensuite l'accent sur le seul objectif du comité au cours de la soirée précédente, en proposant des modifications de l'article 7 : *il s'agissait du maintien absolu du statu*

quo quant aux relations entre les intéressés.» (C'est nous qui soulignons.)

d) La pratique suivie après l'adoption du *Statut de Westminster* ne consistait pas nécessairement à exiger la consultation avec les provinces ou l'obtention de leur accord avant que Westminster puisse adopter une modification constitutionnelle. Par exemple, en 1949, lors de l'admission de Terre-Neuve dans la Confédération, la frontière entre le Québec et le Labrador était confirmée par un texte de loi, sans l'accord du Québec. La modification de 1949 (No 2) a conféré au Parlement le pouvoir de modifier la Constitution sur certains points.

13. Malgré la conclusion en sens contraire de Gérin-Lajoie dans son ouvrage *Constitutional Amendment in Canada*, p. 196-97, le libellé du compte rendu de la conférence impériale de 1930 n'exprime nullement, chez les intéressés, l'intention de ne faire apporter des modifications ultérieures à la Constitution du Canada, y compris même celles touchant les relations fédérales-provinciales ou les droits et les pouvoirs des provinces, qu'avec l'accord de l'assemblée législative ou du gouvernement des provinces. Il est évident que ce libellé devait être neutre. L'argument de M. Ralston, lors du débat portant sur la résolution demandant à Westminster d'adopter le *Statut de Westminster*, à la suite de la conférence fédérale-provinciale de 1931, l'illustre bien :

> «. . . .le rapport de la conférence de 1930 évite soigneusement d'exiger le consentement des provinces, mais fournit seulement aux provinces l'opportunité de présenter leurs vues. A la page 18 nous lisons ce qui suit :
>
> > Deux mesures paraissaient donc s'imposer : la première, fournir au gouvernement de Sa Majesté au Canada l'occasion de prendre les dispositions nécessaires pour permettre aux provinces de présenter leurs vues, et la seconde, étendre au Canada les articles du statut projeté ou l'exclure de leur application après que les provinces eussent été consultées.
>
> Ceci n'est que le préambule — pour ainsi dire — mais si nous en venons aux conditions légales qui doivent être remplies nous constatons que le consentement des provinces n'est pas mentionné ni doivent-elles nécessairement être consultées et que cela est suffisant si les formalités requises en vue des amendements à effectuer à l'*Acte de l'Amérique du Nord britannique* sont observées. Remarquez comment le rapport continue :
>
> > A cette fin, il sembla désirable de noter au protocole l'avis que les articles du statut ayant trait à l'Acte relatif

à la validité des lois coloniales devraient être rédigés de façon à ne pas s'appliquer au Canada, à moins que le statut n'eût été édicté à la suite de requêtes semblables à celles qui doivent précéder une modification de l'*Acte de l'Amérique du Nord britannique*. Il sembla désirable en outre d'exprimer formellement l'avis que les articles ne devraient pas être étendus au Canada dans la suite excepté au moyen d'un Acte du Parlement du Royaume-Uni édicté à la suite du genre de requête qu'exige une modification de *l'Acte de l'Amérique du Nord britannique*.

Toute idée que les provinces pouvaient avoir qu'elles devaient formuler leur consentement s'évanouit lorsque nous lisons la dernière phrase à l'effet que la seule procédure à suivre est celle qu'exige une modification de l'*Acte de l'Amérique du Nord britannique*. Et ce mode de procédure comporte seulement une adresse votée par les deux Chambres du parlement sans aucune mention des provinces du tout.»

(Débats de la Chambre des communes du Canada, 1931, p. 3169-3170.)

14. L'*Acte de l'Amérique du Nord britannique, 1940* touchait aux relations fédérales-provinciales et modifiait les droits et pouvoirs des provinces. En effet, il enlevait aux provinces la compétence législative en matière d'assurance-chômage pour la transférer au gouvernement fédéral. Toutefois, on avait sollicité et obtenu l'accord de toutes les provinces. (La correspondance avec les provinces a été annexée aux procès-verbaux de la Chambre des communes du 25 juin 1940.)

15. Traitant de la résolution en question, le premier ministre déclara :

«... Ayant obtenu cette année seulement, l'adhésion des neuf provinces, nous ne pouvions absolument pas déposer, avant cette session-ci, une mesure dont la validité pouvait être mise en doute tendant à modifier l'*Acte de l'Amérique du Nord britannique*.»

(Débats de la Chambre des communes du Canada, 1940, p. 1153.)

16. Toutefois, l'échange de vues rapporté à la page 1157 permet de constater que l'accord des provinces était *souhaitable*, mais non *nécessaire*.

«*M. Thorson* : ... Je ne désire cependant pas que nous terminions ce débat en reconnaissant directement ou indirectement qu'en principe il nous faut obtenir le consentement des provinces avant de demander la modification de l'*Acte de l'Amérique du Nord*

britannique. Heureusement pour nous, il ne s'agit en ce moment que d'un débat académique.

Le très honorable M. Lapointe : Je puis dire à mon honorable ami que ni le premier ministre ni moi n'avons dit que cela est nécessaire; nous avons dit que cela est désirable.

M. Thorson : Le premier ministre (M. Mackenzie King) a déclaré bien clairement que nous ne débattons pas ici cette question, attendu que toutes les provinces ont manifesté leur consentement à la demande de cet amendement.»

(Débats de la Chambre des communes du Canada, 1940, p. 1157.)

17. L'*Acte de l'Amérique du Nord britannique, 1943* touchait les relations fédérales-provinciales et l'on peut soutenir qu'il touchait les droits des provinces. Il ajournait, à une date postérieure à la fin de la guerre, le remaniement de la représentation des provinces à la Chambre des communes, qui aurait dû, en vertu de l'article 51 de l'*Acte de l'Amérique du Nord britannique, 1867* avoir eu lieu à la suite du recensement décennal de 1941. L'accord des provinces n'avait été ni obtenu ni sollicité. L'Assemblée législative du Québec avait demandé au gouvernement fédéral d'amender son projet. M. Adélard Godbout avait d'ailleurs fait parvenir au premier ministre une lettre officielle en ce sens. (Débats de la Chambre des communes du Canada, 1943, p. 4472-4473.) On n'a toutefois pas tenu compte de l'opposition du Québec.

18. Au cours des débats, l'on s'est opposé à la résolution au motif que l'accord des provinces n'avait pas été obtenu. (Débats de la Chambre des communes du Canada, 1943, p. 4475 et 4483.) Le ministre de la Justice, M. St-Laurent, soutenait que cette modification n'avait pas d'effet sur les pouvoirs fédéraux et provinciaux. Dans le même temps, il déclarait qu'il ne conviendrait pas de changer cette répartition sans le consentement du corps législatif doté des pouvoirs constitutionnels en question. (Débats de la Chambre des communes du Canada, 1943, p. 4485.) M. St-Laurent n'a pas dit que ces modifications ne pouvaient être adoptées par le Parlement seul; il a tout simplement dit qu'il conviendrait d'obtenir l'accord des provinces. Au cours du même débat, M. Coldwell affirmait :

«Il va de soi, je le sais, que le pouvoir réel de modifier notre Constitution qui contient l'*Acte de l'Amérique du Nord britannique* appartient en réalité à notre Parlement. Comme je viens de le dire, ce que nous pourrons demander nous sera accordé par le parlement impérial de Westminster.»

(Débats de la Chambre des communes du Canada, 1943, p. 4464.)

19. Il y eut également, au Sénat, des délibérations soulignant que l'absence d'accord de la part des provinces était regrettable. (Débats du Sénat du Canada, 1943, p. 288-91.)

20. L'*Acte de l'Amérique du Nord britannique, 1946* touchait aux relations fédérales-provinciales et modifiait les droits des provinces. Il s'agissait d'une modification visant à remplacer le texte original de l'article 51 de l'*Acte de l'Amérique du Nord britannique, 1867* par un nouvel article prévoyant la représentation strictement proportionnelle des provinces. On n'avait ni obtenu ni sollicité l'accord des provinces. Le Québec exprima son opposition (par une lettre de M. Duplessis à M. St-Laurent, en date du 30 mai 1946). Selon les députés de l'opposition, l'accord des provinces aurait dû être obtenu (Débats de la Chambre des communes du Canada, 1946, p. 2846-54.) M. Diefenbaker avait proposé un amendement exigeant que le gouvernement consulte les provinces; cet amendement fut rejeté. (Journaux de la Chambre des communes du Canada, 1946, vol. 87, p. 373-74.) L'attitude du gouvernement était fondée sur le fait que l'amendement ne touchait pas aux compétences provinciales. M. St-Laurent a souligné que, *à son avis*, on ne pouvait se prononcer sur les attributions de l'assemblée législative et du gouvernement des provinces sans l'accord de ces dernières (p. 1957-58). D'autres députés ont laissé entendre que l'on ne pouvait se prononcer à ce sujet sans *consulter* les provinces (p. 2274, 2480, 2621, 2645-46). M. St-Laurent a toutefois souligné que, selon lui, le Parlement pouvait demander seul des modifications portant sur les droits linguistiques accordés aux minorités en vertu de l'article 133 (p. 2641).

21. L'*Acte de l'Amérique du Nord britannique, 1949* touchait aux relations fédérales-provinciales et modifiait les droits des provinces. Il incluait Terre-Neuve dans la Confédération. L'adjonction d'une province a un effet important sur l'équilibre entre les provinces elles-mêmes, ainsi qu'entre les provinces et le gouvernement fédéral. Cette modification confirmait, au moyen d'un texte législatif, les limites entre le Québec et le Labrador, et ce, sans l'accord du Québec. On n'avait ni obtenu ni sollicité l'accord des provinces. A la Chambre des communes, on s'était opposé au projet de loi pour le motif que les provinces auraient dû être consultées. Au cours du débat portant sur la résolution, on a fait la même observation. (Débats de la Chambre des communes du Canada, 1949, p. 356.), (Débats du Sénat du Canada, 1949, p. 71, 83).

22. Le chef de l'opposition proposa d'amender la résolution de la façon suivante :

> «Et considérant qu'il est opportun que le gouvernement du Canada consulte les gouvernements des diverses provinces à propos de ladite question.

La Chambre est d'avis que le gouvernement du Canada devrait consulter immédiatement les gouvernements des diverses provinces et que, après l'aboutissement satisfaisant de ces consultations, une humble adresse soit présentée à Sa Majesté dans les termes suivants. . .»

(Journaux de la Chambre des communes du Canada, 1949, p. 69.)

(Débats de la Chambre des communes du Canada, 1949, p. 517-519.)

L'amendement fut battu.

(Journaux de la Chambre des communes du Canada, 1949, p. 73-75.)

23. Le premier ministre du Québec, tout comme celui de la Nouvelle-Écosse, ont affirmé publiquement que les provinces auraient dû être consultées (Gérin-Lajoie, p. 129).

24. Depuis la Confédération, le nombre des provinces a été porté de quatre à dix, par le fait du Parlement fédéral (et, à l'occasion, par celui du Parlement ou du gouvernement du Royaume-Uni), et ce, sans aucune consultation avec les quatre provinces d'origine, et sans l'accord de celles-ci. Par conséquent, la thèse selon laquelle il existe une convention exigeant le consentement des provinces pour que l'on apporte des modifications constitutionnelles, lorsqu'il s'agit des relations fédérales-provinciales, ou des droits et de la compétence des provinces, est, de toute évidence, insoutenable.

25. Au moment où l'*Acte de l'Amérique du Nord britannique, 1949 (No 2)* a été édicté, les provinces soutenaient qu'il apportait des modifications importantes en matière de relations fédérales-provinciales et de droits des provinces. Cette modification ajoutait le paragraphe 91(1) à l'*Acte de l'Amérique du Nord britannique* et conférait au Parlement le pouvoir de modifier «la Constitution du Canada» sauf à l'égard des cinq catégories énumérées. On n'a ni obtenu ni sollicité l'accord des provinces. Le gouvernement a soutenu que cette modification ne portait que sur des matières relevant entièrement de la compétence fédérale.

26. L'opposition proposa que la résolution soit amendée afin d'exiger la convocation d'une conférence fédérale-provinciale pour «établir une méthode en vue de modifier, au Canada, la Constitution du Canada et sauvegarder les droits des minorités». Cette méthode, une fois adoptée, aurait fait l'objet de la résolution (Débats de la Chambre des communes du Canada, 1949, p. 853.) Cet amendement fut rejeté.

27. L'*Acte de l'Amérique du Nord britannique, 1951* touchait les relations fédérales-provinciales et modifiait les droits des provinces. Il transférait, au

Parlement, une compétence législative en matière de pensions. Les législatures provinciales conservaient toutefois une compétence concurrente. L'accord de chacune des provinces avait été obtenu.

28. L'*Acte de l'Amérique du Nord britannique, 1960* touchait aux relations fédérales-provinciales ainsi qu'aux droits des provinces. Il fixait à 75 ans l'âge de la retraite obligatoire pour les juges des cours supérieures. Cette modification entraînait plusieurs conséquences pour le gouvernement des provinces, vu la compétence que leur attribue le paragraphe 92(14) de l'*Acte de l'Amérique du Nord britannique* en matière d'administration de la justice. Au début, l'accord de chacune des provinces avait été obtenu relativement à une modification qui devait s'appliquer aux juges des cours de district et de comté aussi bien qu'aux juges des cours supérieures (la correspondance échangée avec le gouvernement des provinces se trouve en annexe aux procès-verbaux du 16 février 1960). Outre qu'elle fixe, dans la Constitution, l'âge de la retraite des juges des cours de district et de comté, cette modification aurait eu pour effet d'élargir la portée du texte de l'article 99, alors en vigueur, de l'*Acte de l'Amérique du Nord britannique*, de manière à inscrire leur stabilité d'emploi dans cette même Constitution, tout comme celle des juges des cours supérieures. Cependant, le Sénat s'opposa à cette modification et supprima la mention des juges des cours de district et de comté. Le Parlement adopta la résolution avec cette modification importante; par conséquent, le texte définitif de la modification n'était pas celui qui avait reçu au départ l'approbation du gouvernement des provinces. (Débats de la Chambre des communes du Canada, 1960, p. 7199-201; Débats du Sénat du Canada, 1960, p. 1072; Journaux de la Chambre des communes du Canada, 1960, p. 854-56.)

29. L'*Acte de l'Amérique du Nord britannique, 1964* touchait aux relations fédérales-provinciales et modifiait les droits des provinces. Il étendait aux prestations additionnelles la compétence concurrente du Parlement en matière de pensions. Toutes les provinces ont consenti à cette modification. (Documents parlementaires nº 202-J, 10 juin 1964.)

Annexe B

Recherche infructueuse d'une procédure de modification

(Source : Factum du Procureur général du Canada dans *Manitoba et al.* c. *Canada*, Cour d'appel du Manitoba, Novembre 1980.)

1. Voici l'historique des tentatives fédérales-provinciales qui ont été faites pour trouver une procédure de modification relative aux parties de la Constitution qui ne peuvent être modifiées au Canada :

a) Une première tentative a été faite lors de la conférence du Dominion et des provinces de 1927, convoquée par suite de la *déclaration Balfour* de 1926. Selon cette déclaration, le Canada, tout comme les autres dominions, était un pays indépendant et n'était nullement subordonné au Royaume-Uni. Toutefois, l'on reconnaissait que le Canada n'atteindrait un tel statut sur le plan juridique qu'au moment où l'on trouverait une procédure de modification de la Constitution permettant un transfert intégral, par le Royaume-Uni, des pouvoirs juridiques au Canada. Cette tentative fut infructueuse.

b) La question de la procédure de modification fut de nouveau soulevée lors de la conférence du Dominion et des provinces tenue en 1931 en prévision de l'adoption du *Statut de Westminster*. On ne parvint pas à s'entendre sur une procédure de modification.

c) Il y eut une troisième tentative en 1935. La Chambre des communes forma un comité spécial chargé d'étudier quelle serait la meilleure méthode en vue de modifier l'*Acte de l'Amérique du Nord britannique*. Ce comité siégea à onze reprises du 18 février au 19 juin 1935. On ne s'entendit sur aucune procédure de modification. Il en résulta toutefois une conférence entre le Dominion et les provinces, tenue en décembre 1935. On aboutit à la formation d'un comité permanent des questions constitutionnelles composé de représentants du gouvernement fédéral et des provinces, qui devait proposer une procédure de modification. On n'aboutit à aucun accord.

d) La conférence du Dominion et des provinces tenue en 1950 donna lieu à une quatrième tentative. On ne parvint pas à s'entendre.

e) On fit une cinquième tentative lors de la conférence fédérale-provinciale tenue en juillet 1960, au cours de laquelle le premier ministre de l'époque annonça son intention de reprendre les entretiens avec les provinces au sujet de la procédure de modification et de rapatriement. On mit en place une conférence des procureurs généraux qui se réunirent à quatre reprises. Ces conférences

ministérielles proposèrent une procédure de modification (la formule Fulton) qui reçut l'appui de la quasi-totalité des participants. Toutefois, l'avant-projet de loi qui en résulta ne fit pas l'objet d'une approbation unanime et l'on constata, en 1962, l'échec de cette initiative.

f) On fit une sixième tentative en 1964, lors de la conférence des premiers ministres. La nouvelle proposition (la formule Fulton-Favreau) fit l'objet d'une recommandation unanime, de la part des procureurs généraux, en vue de son acceptation par les premiers ministres lors de leur conférence du 14 octobre 1964. Par la suite, cette formule fut approuvée par l'assemblée législative de neuf provinces. Cependant, en janvier 1966, le gouvernement du Québec déclara qu'il n'en demanderait pas l'approbation à son assemblée législative.

g) En 1967, une septième tentative débouchait sur ce que l'on allait appeler le processus de révision constitutionnelle de 1967 à 1971. Cela donna lieu à six réunions des premiers ministres, à 26 réunions des ministres et à d'innombrables réunions de fonctionnaires fédéraux et provinciaux. On décida qu'il serait possible de faire des progrès en entreprenant une révision intégrale de la Constitution plutôt que de s'en tenir à la seule procédure de modification. Ce processus donna lieu à la «Charte constitutionnelle canadienne de 1971» (généralement appelée «Charte de Victoria»). Le gouvernement du Canada ainsi que huit des gouvernements provinciaux acceptèrent la Charte, mais le Québec laissa entendre qu'il ne l'accepterait pas. En Saskatchewan, un nouveau gouvernement venait d'être élu. Il n'exprima aucune opinion, puisque la prise de position du Québec avait fait de cette question une affaire purement théorique.

h) En 1975, lors d'une conférence fédérale-provinciale, le premier ministre fit une huitième tentative en proposant d'aborder la question d'une manière plus restreinte qu'on ne l'avait fait au cours du processus de 1967-71. On proposa de tenter de conclure un accord principalement sur une procédure de modification, avec certaines garanties supplémentaires concernant les droits linguistiques. Lors de deux réunions, les premiers ministres des provinces purent s'entretenir de cette proposition. Le 14 octobre 1976, ils informèrent le gouvernement fédéral qu'ils ne pourraient convenir du rapatriement sans procéder à des réformes constitutionnelles plus importantes, comportant le transfert aux provinces de certains des pouvoirs fédéraux.

i) On fit une neuvième tentative en octobre 1978, lors de la conférence fédérale-provinciale des premiers ministres. Cette conférence

survenait à la suite du dépôt, au Parlement du Canada, d'un projet de loi sur la réforme constitutionnelle (C-60, Session 1977-78). Les premiers ministres créèrent un comité permanent des ministres qui siégea à trois reprises et qui, en février 1979, rendit compte de ses travaux aux premiers ministres. On ne conclut aucune entente.

j) La dixième tentative remonte à juin 1980. Les premiers ministres chargèrent le comité permanent de la Constitution de tenter d'aboutir à un accord sur douze éléments de la réforme constitutionnelle, y compris le rapatriement et une procédure de modification. Une fois de plus, cependant, il y eut désaccord.

Annexe C

Délibérations sur le fond des réformes constitutionnelles, 1967-1980

Le processus de révision constitutionnelle, 1967-1971

Le 10 mai 1967, M. Pearson, premier ministre, annonçait la tenue d'une conférence fédérale-provinciale spéciale, chargée d'étudier la possibilité d'inscrire dans la Constitution du Canada une déclaration des droits. Par la suite fut ajoutée à l'ordre du jour la question des droits linguistiques, car une commission royale fédérale à qui l'on avait confié cette question en était à l'étape du rapport. Les provinces furent invitées à inscrire, à l'ordre du jour, (traduction) «tout sujet connexe.» Deux autres sujets furent ajoutés au programme de la conférence, qui finalement eut lieu en février 1968 : les disparités régionales et d'autres éléments de révision constitutionnelle. Il en résulta un processus de révision constitutionnelle fédéro-provincial qui devait se prolonger pendant plus de trois ans et porter sur les sujets suivants :

(1) les droits fondamentaux;
(2) les langues officielles et les droits linguistiques;
(3) la péréquation et les disparités régionales;
(4) la procédure de modification;
(5) le rapatriement;
(6) les mécanismes des relations fédérales-provinciales (par ex. la conférence annuelle des premiers ministres);
(7) la Cour suprême;
(8) la modernisation de la Constitution;
(9) la sécurité du revenu et les services sociaux;
(10) les principes et les objectifs de la Constitution;
(11) la réforme du Sénat;
(12) les relations extérieures;
(13) les pouvoirs fiscaux (notamment les taxes de vente et les droits successoraux);
(14) le pouvoir fédéral de dépenser;
(15) les marchés des capitaux et les institutions financières;
(16) la gestion de l'environnement.

En juin 1971, on aboutissait à un accord provisoire sur des propositions relatives aux neufs premiers articles de la liste qui précède (et ce, dans un document connu sous le nom de «Charte de Victoria»). Toutefois, le gouvernement du Québec refusa de donner son accord aux propositions, principale-

ment pour le motif qu'il tenait à un accroissement des pouvoirs des provinces dans le domaine de la sécurité du revenu et des services sociaux. Le gouvernement de la Saskatchewan n'a pas non plus entériné formellement la Charte. Il venait d'être élu et estimait que le refus du Québec avait fait de toute autre démarche une initiative purement théorique.

1975-1976

En avril 1975, M. Trudeau, premier ministre, au cours d'une rencontre des premiers ministres des provinces sur une autre question, leur proposa de tenter une fois de plus de se mettre d'accord au moins sur une procédure de modification et de rapatriement, de manière à mettre fin à la nécessité de faire appel au Royaume-Uni pour modifier la Constitution canadienne.

Il en résulta des pourparlers avec les provinces, au cours desquels on a, à leur demande, ajouté d'autres articles à la proposition. Ainsi, en avril 1976, un projet de proposition de réforme constitutionnelle fut présenté, projet comportant des dispositions sur :

(1) les langues officielles et les droits linguistiques;
(2) la péréquation et les disparités régionales;
(3) la procédure de modification;
(4) le rapatriement;
(5) les accords fédéraux-provinciaux;
(6) la Cour suprême;
(7) la représentation au Sénat.

Les premiers ministres ont répondu le 14 octobre 1976 que :

—toutes les provinces étaient d'accord sur le principe du rapatriement;
—huit provinces étaient d'accord quant à la procédure de modification proposée (c'est-à-dire celle qui avait été proposée et acceptée par les dix provinces à Victoria en 1971);
—il n'y aurait pas, cependant, d'accord sur le rapatriement, à moins qu'il ne (traduction) «coïncide avec l'accroissement de la compétence et de la participation des provinces dans certains domaines», c.-à-d. :
  (1) une plus grande participation provinciale dans le domaine de l'immigration;
  (2) un renforcement de la compétence fiscale dans les secteurs primaires d'exploitation du sol, des mines, des minéraux et des forêts;
  (3) une disposition selon laquelle le gouvernement fédéral ne se prévaudrait pas, sans le consentement de la province intéressée, de ses pouvoirs déclaratoires pour décréter qu'un ouvrage est à l'avantage de l'ensemble du Canada;

(4) la tenue au moins une fois l'an rendue obligatoire, par la Constitution, d'une conférence des onze premiers ministres du Canada;
(5) la disposition selon laquelle la création de nouvelles provinces serait subordonnée au consensus exigé par la procédure de modification;
(6) une nouvelle compétence concurrente dans le domaine culturel;
(7) un plus grand contrôle des provinces sur les communications;
(8) pour les provinces, un rôle, dans la nomination des juges de la Cour suprême, qui soit plus important que celui dont faisait état le projet;
(9) des limites à l'exercice du pouvoir fédéral de dépenser.

1978-1979

Une nouvelle initiative était lancée en octobre 1978 à la suite du dépôt au Parlement, en juin de la même année, d'un projet de loi intitulé: *Loi modifiant la Constitution* (C-60, session 1977-1978). Les sujets traités cette fois-ci étaient les suivants :

(1) les droits fondamentaux, y compris les langues officielles et les droits linguistiques;
(2) la péréquation et les disparités régionales;
(3) la procédure de modification;
(4) le rapatriement;
(5) la Cour suprême;
(6) le Sénat;
(7) les impôts indirects;
(8) le pouvoir fédéral de dépenser;
(9) les limitations du pouvoir déclaratoire fédéral;
(10) les communications;
(11) le droit de la famille;
(12) la propriété des ressources et le commerce interprovincial;
(13) la propriété des ressources des fonds sous-marins et la compétence sur celles-ci;
(14) la compétence sur les pêches;
(15) la monarchie.

Rares sont les points sur lesquels les gouvernements ont été unanimes. Il a été convenu de ne rien changer à la monarchie et de retirer cette rubrique de l'ordre du jour. On a convenu qu'il serait superflu d'accorder aux provinces des pouvoirs accrus de légiférer pour percevoir des impôts indirects et qu'il y

avait lieu d'abandonner également cette question. On aboutit à un accord sur les propositions touchant au droit de la famille et l'on a été quasi unanime quant aux propositions relatives aux disparités régionales et aux communications.

Juin 1980 — septembre 1980

Les délibérations constitutionnelles ont été reprises en juin 1980, le premier ministre Trudeau ayant invité encore une fois les premiers ministres des provinces à tenter de conclure une entente «ramenant» la Constitution au pays. L'ordre du jour portait sur les points suivants :

(1) les droits fondamentaux, y compris les langues officielles et les droits linguistiques;
(2) la péréquation et les disparités régionales;
(3) la formule de modification (et le rapatriement);
(4) la Cour suprême;
(5) la réforme du Sénat;
(6) les communications;
(7) le droit de la famille;
(8) la propriété des ressources et le commerce interprovincial;
(9) les ressources sous-marines;
(10) les pêches;
(11) l'énoncé du principe de la fédération — le préambule;
(12) les pouvoirs sur l'économie — l'union économique.

Malgré des négociations intensives et quasi ininterrompues tout au long de l'été 1980, comportant deux réunions des premiers ministres, quatre réunions des ministres, d'innombrables réunions de fonctionnaires, l'unanimité n'a pu se faire sur aucune de ces questions. Même les points sur lesquels on s'était mis précédemment d'accord dans le domaine du droit de la famille — l'accroissement de la compétence provinciale — ne firent pas l'unanimité.

- NOTES -

- NOTES -